

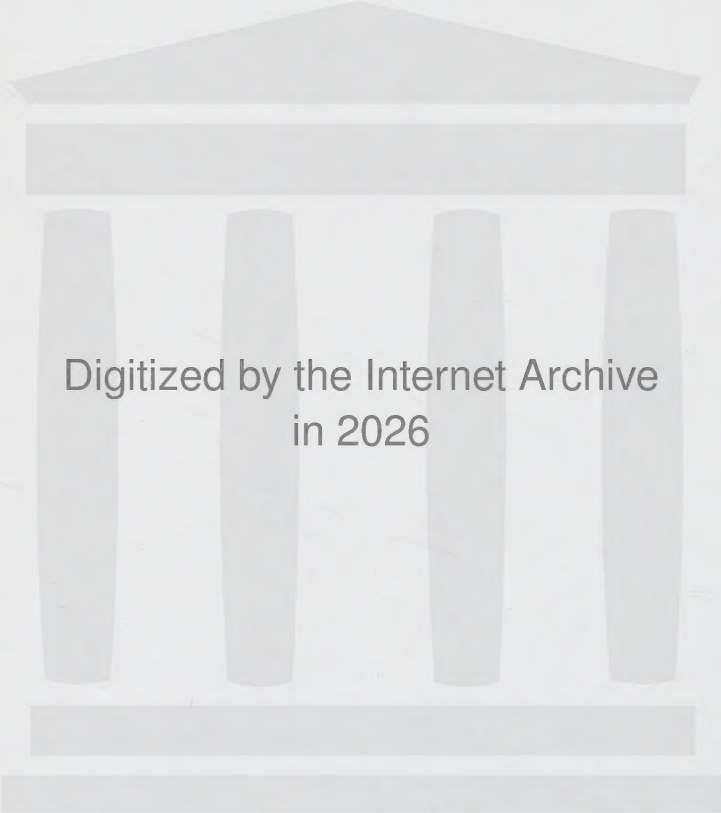
DIE VORAUSSETZUNGEN  
EINER WIEDERAUFNAHME  
DES VERFAHRENS GEMÄSS  
§ 79 Abs. 1 BVerfGG

Manfred Asam

1965







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555224\\_0014](https://archive.org/details/IA41555224_0014)

DIE VORAUSSETZUNGEN EINER WIEDERAUFNAHME  
DES VERFAHRENS GEMÄSS  
§ 79 Abs. 1 BVerfGG

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von  
Manfred Asam

München 1965

Referent: Professor Dr. P. BOCKELMANN  
Korreferent: Professor Dr. P. LERCHE

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 7. 1965  
(Schlußberatung)



## M E I N E N   E L T E R N

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

1. die Hauptbestandteile des Versuches
2. die Hauptbestandteile des Versuches
3. Die Hauptbestandteile des Versuches
4. Die Hauptbestandteile des Versuches

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

1. Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich
2. Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich
3. Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich

Der Versuch ist auf zwei Weisen möglich



## INHALTSÜBERSICHT

|                                                                                                                              | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS                                                                                                       | XI    |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS                                                                                                        | XXII  |
| EINLEITUNG                                                                                                                   | 1     |
| <u>I. TEIL:</u> Die Stellung des § 79 I BVerfGG im System der Wiederaufnahme<br>rechtskräftig abgeschlossener Strafverfahren | 5     |
| <u>1. Abschnitt:</u> Grundlagen. Die Wiederaufnahme des Verfahrens<br>im allgemeinen                                         | 5     |
| I. Die Rechtskraft und ihre Durchbrechung                                                                                    | 5     |
| 1. Die Doppelaufgabe des Strafverfahrens                                                                                     | 5     |
| 2. Das Spannungsverhältnis zwischen den Aufgaben des<br>Strafverfahrens                                                      | 6     |
| 3. Die Funktion des Systems der ordentlichen Rechtsmittel                                                                    | 7     |
| 4. Die Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung als Postulat<br>der materiellen Gerechtigkeit                                | 7     |
| II. Die Grundsätze der in der StPO geregelten Wiederaufnahme<br>des Verfahrens                                               | 9     |
| 1. Neuerörterung des Sachverhalts nur nach der tatsächlichen,<br>nicht auch nach der rechtlichen Seite hin                   | 10    |
| 2. Bevorzugung der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten                                                                  | 11    |
| 3. Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeiten auf<br>bestimmte Ziele                                                       | 12    |
| <u>2. Abschnitt:</u> Wesen und Besonderheiten des in § 79 I BVerfGG<br>geschaffenen Wiederaufnahmegrundes                    | 14    |
| I. Durchbrechung der Rechtskraft zwecks Beseitigung unerträglicher<br>Rechtsfehler                                           | 14    |
| 1. Frühere Bemühungen um Möglichkeiten der Rechtskraft-<br>durchbrechung zwecks Beseitigung von Rechtsfehlern                | 14    |
| 2. Die Entstehungsgeschichte des § 79 I BVerfGG                                                                              | 16    |
| 3. Der Grund für die Sonderbehandlung der Strafurteile<br>im Rahmen des § 79 BVerfGG                                         | 17    |
| 4. Die Rechtsfehlerhaftigkeit der auf nichtigerklärten<br>Normen beruhenden Entscheidungen                                   | 18    |
| II. Aufrechterhaltung oder Unverbindlichkeit der tatsächlichen<br>Feststellungen des angegriffenen Urteils                   | 20    |

|                                                                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Die Vereinbarkeit der Aufrechterhaltung tatsächlicher Feststellungen mit einer Wiederaufnahme des Verfahrens                                       | 20 |
| 2. Die Aufrechterhaltung tatsächlicher Feststellungen bei einer Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG                                                   | 21 |
| III. Die Richtung der Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG                                                                                              | 23 |
| 1. Die denkbaren Fälle von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten                                                    | 24 |
| a) Wiederaufnahme nach Nichtigerklärung gesetzlicher Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe                                                       | 24 |
| b) Wiederaufnahme nach Nichtigerklärung privilegierender Vorschriften                                                                                 | 27 |
| c) Wiederaufnahme zum Zweck der Ersetzung einer verfassungswidrigen durch eine inhaltsgleiche gültige Norm                                            | 28 |
| d) Wiederaufnahmeverfahren nach Nichtigerklärung formell-rechtlicher Vorschriften                                                                     | 32 |
| 2. Versagen der allgemeinen Auslegungsgrundsätze bei der Frage nach den Richtungen auf § 79 I BVerfGG gestützter Wiederaufnahmeverfahren              | 33 |
| 3. Die Unzulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten als Folge des Gebots verfassungskonformer Auslegung | 35 |
| IV. § 79 I BVerfGG, ein "absoluter" Wiederaufnahmegrund?                                                                                              | 37 |
| 1. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund in der überkommenen Bedeutung dieses Begriffs                                                   | 37 |
| 2. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund unter dem Gesichtspunkt selbständiger Bestimmung der Statthaftigkeit                            | 39 |
| 3. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund infolge Entbehrlichkeit einer Beschwerde                                                        | 40 |
| 4. § 79 I BVerfGG, ein absoluter Wiederaufnahmegrund im Sinne abschließender Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs              | 42 |
| V. Zulässigkeit und Begründetheit des auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags                                                             | 46 |
| 1. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Antrags                                                                                                   | 46 |
| 2. Identität der Voraussetzungen von Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags                                                         | 48 |
| Zusammenfassung                                                                                                                                       | 49 |

|                      |                                                                                                                         |    |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>II. TEIL:</b>     | <b>Die Wiederaufnahmeveraussetzungen nach § 79 I BVerfGG</b>                                                            |    |
|                      | im einzelnen                                                                                                            | 50 |
| <b>1. Abschnitt:</b> | <b>Die Statthaftigkeit des Antrags: Objekte der Wieder-</b>                                                             |    |
|                      | <b>aufnahme und Antragsberechtigung</b>                                                                                 | 50 |
| <b>I.</b>            | <b>Strafurteile als Objekte einer Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG</b>                                                | 51 |
| 1.                   | Das Erfordernis des Vorliegens eines rechtskräftigen Strafurteils                                                       | 51 |
| a)                   | Existenz eines Urteils                                                                                                  | 51 |
| b)                   | Rechtskraft der Entscheidung                                                                                            | 52 |
| 2.                   | Sonstige Anforderungen                                                                                                  | 52 |
| a)                   | Gerichtbarkeit der Bundesrepublik                                                                                       | 52 |
| b)                   | Inhaltliche Erfordernisse                                                                                               | 54 |
| 3.                   | Einfluß von Verfahrensbesonderheiten                                                                                    | 55 |
| 4.                   | Bestimmung des Wiederaufnahmeobjekts bei Mehrinstanzlichkeit                                                            | 56 |
| a)                   | bei Verwerfung eines Rechtsmittels als unzulässig                                                                       | 57 |
| b)                   | bei Sachentscheidungen des Berufungsgerichts                                                                            | 57 |
| aa)                  | Eigene Entscheidung in Schuld- und Straffrage                                                                           | 57 |
| bb)                  | Eigene Entscheidung bei Beschränkung des Rechtsmittels<br>auf bestimmte Beschwerdepunkte außerhalb der Schuld-<br>frage | 58 |
| cc)                  | Zurückverweisende Entscheidungen                                                                                        | 59 |
| c)                   | bei Sachentscheidungen des Revisionsgerichts                                                                            | 60 |
| aa)                  | Eigene Entscheidung in Schuld- und Straffrage                                                                           | 60 |
| a )                  | Geltendmachung der Nichtigkeitserklärung einer Norm<br>des materiellen Rechts                                           | 60 |
| b )                  | Geltendmachung der Nichtigkeitserklärung einer Norm<br>des formellen Rechts                                             | 60 |
| bb)                  | Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts bei Beschrän-<br>kung der Revision                                            | 61 |
| cc)                  | Zurückverweisende Entscheidungen                                                                                        | 61 |
| dd)                  | Verwerfungsbeschlüsse nach § 349 II StPO                                                                                | 61 |
| <b>II.</b>           | <b>Strafrechtliche Entscheidungen anderer Art als Objekte einer</b>                                                     |    |
|                      | <b>Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG</b>                                                                               | 64 |
| 1.                   | Strafbefehle                                                                                                            | 64 |
| 2.                   | Strafverfügungen                                                                                                        | 67 |
| 3.                   | Bußgeldbescheide und Unterwerfungen                                                                                     | 72 |
| 4.                   | Entscheidungen im Verwaltungsstrafverfahren                                                                             | 78 |
| 5.                   | Disziplinargerichtliche Entscheidungen                                                                                  | 81 |
| 6.                   | Entscheidungen in Rechtshilfesachen                                                                                     | 83 |

|                      |                                                                                                                       |     |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III.                 | Die Beschränkung des Kreises der angreifbaren Entscheidungen durch zeitbestimmte Erfordernisse                        | 89  |
| 1.                   | Die Beachtlichkeit des zeitlichen Verhältnisses von Entscheidungserlaß und Verfassungswidrigkeit der Norm             | 89  |
| 2.                   | Die Unbeachtlichkeit des zeitlichen Verhältnisses von Unanfechtbarkeit der Entscheidung und Nichtigerklärung der Norm | 90  |
| IV.                  | Die Antragsberechtigung                                                                                               | 95  |
| <u>2. Abschnitt:</u> | Die Antragserfordernisse formeller Natur                                                                              | 96  |
| I.                   | Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts                                                                           | 97  |
| 1.                   | Die grundsätzliche Regelung                                                                                           | 97  |
| 2.                   | Der Antragsadressat beim Angriff auf ein Revisionsurteil                                                              | 97  |
| 3.                   | Der Antragsadressat bei Wegfall des Gerichts, dessen Entscheidung angegriffen wird                                    | 101 |
| II.                  | Form und Inhalt des Antrags                                                                                           | 103 |
| 1.                   | Die Form des Antrags                                                                                                  | 103 |
| 2.                   | Die inhaltlichen Erfordernisse des Antrags                                                                            | 103 |
| <u>3. Abschnitt:</u> | Die Nichtigerklärung einer Norm                                                                                       | 104 |
| I.                   | Die Unerheblichkeit der Art des zur Nichtigerklärung führenden Verfahrens                                             | 104 |
| 1.                   | Die einschlägigen Verfahrensarten                                                                                     | 104 |
| a)                   | Die "abstrakte" Normenkontrolle                                                                                       | 104 |
| b)                   | Die "konkrete" Normenkontrolle                                                                                        | 105 |
| c)                   | Das Verfassungsbeschwerdeverfahren                                                                                    | 105 |
| 2.                   | Die Gleichwertigkeit der in Betracht kommenden Verfahren im Hinblick auf § 79 I BVerfGG                               | 106 |
| II.                  | Das Fehlen besonderer Anforderungen an die Qualität der für nichtig erklärten Norm                                    | 107 |
| 1.                   | Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur nach Nichtigerklärung von Gesetzen im formellen Sinn                              | 107 |
| 2.                   | Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur nach Nichtigerklärung nachkonstitutioneller Normen                                | 109 |
| 3.                   | Wiederaufnahmemöglichkeit nach Nichtigerklärung materiellrechtlicher und formellrechtlicher Vorschriften              | 109 |

|                      |                                                                                                        |     |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <u>4. Abschnitt:</u> | Das Beruhen der angegriffenen Entscheidung auf der für nichtig erklärten Norm                          | 115 |
| I.                   | Der Begriff des Beruhens außerhalb von § 79 I BVerfGG                                                  | 115 |
| 1.                   | Der "objektive" Beruhensbegriff des Revisionsrechts                                                    | 115 |
| 2.                   | Der "subjektive" Beruhensbegriff in § 95 III 2 BVerfGG und im Verfassungsbeschwerdeverfahren           | 116 |
| II.                  | Der Begriff des Beruhens in § 79 I BVerfGG                                                             | 118 |
| 1.                   | Problemstellung                                                                                        | 118 |
| 2.                   | Die Unverwertbarkeit des "subjektiven" und des uneingeschränkten revisionsrechtlichen Beruhensbegriffs | 120 |
| 3.                   | Die Mittelstellung des für § 79 I BVerfGG gültigen Beruhensbegriffs                                    | 122 |
| III.                 | Die Fälle des Beruhens einer Entscheidung auf einer für nichtig erklärten Norm                         | 123 |
| 1.                   | Die Hauptfälle des Beruhens bei Nichtigerklärung von Normen des materiellen Rechts                     | 123 |
| 2.                   | Die Möglichkeit des Beruhens bei Nichtigerklärung formellrechtlicher Normen                            | 125 |
| 3.                   | Keine Fälle unwiderlegbarer Vermutung des Beruhens                                                     | 127 |
|                      | Zusammenfassung                                                                                        | 128 |



SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- |                           |                                                                                                                                                                                                           |
|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ALSBERG, Max              | Justizirrtum und Wiederaufnahme,<br>(Berlin) 1913                                                                                                                                                         |
| ANSCHÜTZ, Gerhard         | Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919,<br>14. Auflage (Berlin) 1933                                                                                                                         |
| APEL, Erich               | Können rechtskräftige Bußgeldbescheide, die auf<br>Grund des § 25 LadSchlG ergangen sind, nach Wegfall<br>der sog. Residenzpflicht im Wiederaufnahmeverfah-<br>ren aufgehoben werden?; GewA 1963, S. 5 ff |
| ARNDT, Adolf              | Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze;<br>DÖV 1959, S. 81 ff                                                                                                                                        |
| ders.                     | Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)<br>Gesetze; BB 1959, S. 533 f                                                                                                                             |
| ders.                     | Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines<br>Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Ver-<br>waltungsakte zur Folge?; NJW 1959, S. 863 ff                                               |
| ders.                     | Nochmals: Welche Folge hat die Verfassungswidrigkeit<br>eines Gesetzes für den darauf gestützten Verwaltungs-<br>akt?; NJW 1959, S. 2145 f                                                                |
| ders.                     | Die verfassungsrechtliche Bedeutung der strafrechtli-<br>chen Verjährung; NJW 1961, S. 14 ff                                                                                                              |
| BAHLMANN, Kai             | Der verfassungsrechtliche Wiederaufnahmegrund nach<br>§ 79 I des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes;<br>MDR 1963, S. 541 ff                                                                                |
| BARSKE-GAPP               | Steuerstrafrecht und Steuerstrafverfahrensrecht,<br>3. Auflage (Stuttgart) 1959                                                                                                                           |
| BARTHOLOMEYCZIK,<br>Horst | Die Kunst der Gesetzesauslegung,<br>(Frankfurt) 1951                                                                                                                                                      |
| BAUER, Fritz              | Die Wiederaufnahme teilweise abgeschlossener Straf-<br>verfahren; JZ 1952, S. 209 ff                                                                                                                      |
| BAUERLE                   | Anfechtung und Wiederaufnahme im Unterwerfungs-<br>verfahren; DStZ(A) 1957, S. 16 ff                                                                                                                      |
| BAUMANN, Jürgen           | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage<br>(Bielefeld) 1964                                                                                                                                              |

- BENDER, Walter Bedroht § 21 StVG in gleicher Weise wie die für nichtig erklärten §§ 49 StVO und 71 StVZO Zuwiderhandlungen mit Strafe?; NJW 1963, S. 431 und 2159
- BERTRAM, Karl Friedrich Einzelne Fragen zum Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 79 I BVerfGG, 359 ff StPO; MDR 1962, S. 535 ff
- BOCKELMANN, Paul Literaturbericht, Strafrecht, Besonderer Teil II; ZStW 66, S. 110 ff
- BORMANN Der Geltungsbereich des § 21 StVG; NJW 1964, S. 240
- BOTH, Wolfgang Wiederaufnahmeverfahren nach rechtskräftiger Strafverfügung; JZ 1958, S. 530 ff
- BRAUNS, Ernst Fehlerhafte Strafurteile; DRiZ 1963, S. 260 f
- ders. Das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG; kuv 1963, S. 351 ff
- ders. Nochmals: Zu den Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeit der §§ 49 StVO, 71 StVZO; DRiZ 1964, S. 138 f
- CREIFELDS, Carl Strafprozessuale Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den §§ 49 StVO, 71 StVZO und 21 StVG; JR 1962, S. 361 ff
- DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage (Berlin) 1961 (Zit.: DALCKE)
- DALLINGER, Wilhelm Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens; SJZ 1950, Sp. 732 ff
- DALLINGER-LACKNER Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, (München und Berlin) 1955
- DOERNER Die Wiederaufnahme des Verfahrens; Das kommende deutsche Strafverfahren (Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission), (Berlin) 1938, S. 428 ff
- Graf zu DOHNA, Alexander Das Strafprozeßrecht, 3. Auflage (Berlin) 1929
- DREHER, Eduard Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe; GA 1953, S. 129 ff
- ENGISCH, Karl Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage (Stuttgart) 1964 (Zit.: ENGISCH Einführung)

### XIII

- |                               |                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ENGISCH, Karl                 | Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, (München) 1963 (Zit.: ENGISCH Wahrheit)                                                                                                                       |
| ERBS, Georg                   | Handkommentar zur Strafprozeßordnung, (Frankfurt) 1950                                                                                                                                                         |
| ESTL                          | Österreichische Rechtsmittel zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit und der materiellen Wahrheit; GerS 112, S. 222 ff                                                                                                 |
| EYERMANN-FRÖHLER              | Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage (München und Berlin) 1962                                                                                                                                    |
| FRANK, Reinhard               | Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage (Tübingen) 1931                                                                                                                                        |
| FRANZ, Otto                   | Gilt § 21 StVG auch für fahrlässige Übertretungen?; NJW 1963, S. 630 f                                                                                                                                         |
| GAUL,<br>Hans Friedhelm       | Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, (Bielefeld) 1956                                                                                                          |
| GEIGER, Willi                 | Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, (Berlin und Frankfurt) 1952                                                                                                                               |
| ders.                         | Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des BVerfGG; DRiZ 1951, S. 172 ff                                                             |
| GERLAND, Heinrich             | Der deutsche Strafprozeß, (Mannheim-Berlin-Leipzig) 1927                                                                                                                                                       |
| GIEHL, Adam                   | Die Wiederaufnahme des Verfahrens, Diss. Erlangen, 1914                                                                                                                                                        |
| GIESE-PLATH                   | Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen, (Frankfurt) 1963                                                                                                                                                       |
| Graf von GLEISPACH,<br>Wenzel | Das Kriegsstrafrecht, Teil II: Das allgemeine Strafverfahrensrecht im Kriege und das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Wehrmacht im Kriege, (Berlin) 1940 (Zit.: Graf von GLEISPACH Kriegsstrafrecht II) |
| ders.                         | Deutsches Strafverfahrensrecht, Ein Grundriß (Berlin) 1943 (Zit.: Graf von GLEISPACH Grundriß)                                                                                                                 |

#### XIV

|                        |                                                                                                                             |
|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GÖTZ, Heinrich         | Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze;<br>NJW 1960, S. 1177 ff                                                       |
| GOLDSCHMIDT,<br>James  | Das Verwaltungsstrafrecht, (Berlin) 1902                                                                                    |
| ders.                  | Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsunrechts;<br>GA 49, S. 71 ff                                                           |
| GRETHLEIN, Gerhard     | Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, (Berlin) 1959                                                                              |
| HAHN, Carl             | Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung, (Berlin) 1880                                                           |
| HAMANN, Andreas        | Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage<br>(Neuwied und Berlin) 1960                                                         |
| HANS, Wilhelm          | Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG vom<br>3.7.1962; BB 1962, S. 780                                                      |
| ders.                  | Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom<br>14.9.1962; BB 1963, S. 1403                                                       |
| HARTSTRANG,<br>Gerhard | Anmerkung zu den Beschlüssen des LG Zweibrücken<br>vom 22.1.1953 und des OLG Neustadt vom<br>19.3.1953; NJW 1953, S. 1565 f |
| HARTUNG, Fritz         | Das Strafregister, Straftilgungsgesetz und Strafregister-<br>verordnung, Kommentar, 2. Auflage<br>(München und Berlin) 1963 |
| HAUSMANN               | Zur Karlsruher Entscheidung über die Friedensgerichte;<br>StAfBWü 1960, S. 1 f                                              |
| HECK, Philipp          | Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz;<br>AcP 112, S. 1 ff                                                           |
| HELLMER, Joachim       | Zur Rechtskraftwirkung des Strafbefehls; JuS 1963,<br>S. 311 ff                                                             |
| HENKEL, Heinrich       | Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, (Würzburg) 1953                                                                         |
| von HENTIG, Hans       | Wiederaufnahmerecht, (Heidelberg) 1930                                                                                      |
| von HIPPEL, Robert     | Der Deutsche Strafprozeß, (Marburg) 1941                                                                                    |
| HODES, Fritz           | Wehrdisziplinarordnung, 2. Auflage (Köln-Berlin-<br>Bonn-München) 1962                                                      |

- HOEGEN, Dieter                      Zur Frage der Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG betreffend die Friedensgerichte in Nordbaden und Nordwürttemberg; Die Justiz 1960, S. 28 ff
- HOFFMANN, Gerhard                Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz; JZ 1961, S. 193 ff
- HOPNER, Erwin                      Die Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit der Friedensgerichte auf Verfahren in Zivilsachen; NJW 1960, S. 513 ff
- HÜBSCHMANN-HEPP-  
SPITALER                              Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen, 1.-4. Auflage (Köln) 1951 - 1960
- JAUERNIG, Othmar                  Wirksame Urteile der Friedensgerichte? Kritische Betrachtungen zu den Beschlüssen des BVerfG vom 17.11.1959 und 5.4.1960; NJW 1960, S. 1885 ff
- JESCHEK,  
Hans-Heinrich                      Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht; JZ 1959, S. 457 ff
- KAISER, Eberhard                  Folgerungen aus den Entscheidungen des BVerfG zu den verkehrsrechtlichen Strafbestimmungen; NJW 1962, S. 1703 ff
- KAYSER,  
Friedrich Wilhelm                  Zu § 9 des Gesetzes über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen vom 2.5.1953; NJW 1961, S. 348 f
- KERN, Eduard                        Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 2. und 6. Auflage (München und Berlin) 1951 und 1960
- ders.                                      Am Ende der Friedensgerichte; JZ 1960, S. 244 ff
- KIPP, Heinrich                      Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze; Gegenwartsprobleme des Rechts, Band 1, (Paderborn) 1950, S. 85 ff
- KISTNER, Peter                      Die Freiheitsentziehung auf Grund von Verordnungsrecht; DRiZ 1962, S. 118 ff
- KLEINKNECHT,  
Theodor                                Anmerkung zum Beschluß des AG Dinkelsbühl vom 29.1.1952; NJW 1952, S. 1190
- KLEINKNECHT-  
MÜLLER                                Kommentar zur Strafprozeßordnung, 5. Auflage (Darmstadt) 1963 (Zit.: KM)
- KNESER, Andreas                    Der Einfluß der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen - § 79 BVerfGG -; AöR 89, S. 129 ff

- KNOLL, Ernst                      Kann gegenüber Entscheidungen von Spruchstellen, die der Gesetzgeber verfassungswidrig als Gerichte bezeichnet hat, noch der Rechtsweg beschritten werden, nachdem das BVerfG die entsprechende Gesetzesvorschrift für nichtig erklärt hat? (Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 79 BVerfGG); JZ 1956, S. 358 ff
- KOBEL, Otto                      Das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG; kuv 1963, S. 14 ff
- KOHLHAAS, Max                  Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 14. 9. 1962; NJW 1963, S. 454
- KOHLRAUSCH, Eduard          Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Auflage (Berlin) 1936
- von KRIES, August              Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, (Freiburg i. Br.) 1892
- KRÜGER, Hans Joachim          Probleme des Wiederaufnahmeverfahrens nach den Entscheidungen des BVerfG vom 3. und 25. 7. 1962 zu den §§ 71 StVZO, 49 StVO; HambJVBl 1962, S. 48 ff
- KRÜGER, Ralf                    Zur Frage der Subsidiarität des § 21 StVG; NJW 1962, S. 1805 ff
- KÜHN, Alfred                    In welchen Fällen gibt es die Wiederaufnahme eines Steuerstrafverfahrens?; DStZ(A) 1958, S. 267 ff
- KÜHN, Rolf                      Abgabenordnung, 7. Auflage (Stuttgart) 1963
- LARENZ, Karl                    Methodenlehre der Rechtswissenschaft, (Berlin-Göttingen-Heidelberg) 1960
- LECHNER, Hans                  Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kurzkommentar (München und Berlin) 1954
- LECHNER-HÜLSHOFF            Parlament und Regierung, 2. Auflage (München und Berlin) 1958
- LEHMANN, Heinrich            Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 12. Auflage (Berlin) 1960
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Erster Band, 8. Auflage (Berlin) 1957 (Zit.: LK)

- LOBE, Adolf Die Wiederaufnahme im Strafverfahren; GerS 110, S. 239 ff
- LÖWE-ROSENBERG Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Erster Band, 21. Auflage (Berlin) 1963; Zweiter Band, 20. Auflage (Berlin) 1956 und 1. Lieferung der 21. Auflage (Berlin) 1964 (Zit.: LÖWE-R.)
- LÖWISCH, Manfred Zu den Folgen der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, insbesondere für private Rechtsverhältnisse; JZ 1961, S. 731 ff
- LOHMEYER, Heinz Die Wiederaufnahme des Verfahrens im Steuerstrafrecht; NJW 1957, S. 1587 ff
- MATTERN, Gerhard Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren; ZStW 67, S. 383 ff
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 13. Auflage (München und Berlin) 1964
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz, Kommentar, 1.-7. Lieferung (München und Berlin) 1964
- MAURACH, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage (Karlsruhe) 1965 (Zit.: MAURACH AT); Besonderer Teil, 4. Auflage (Karlsruhe) 1964 (Zit.: MAURACH BT)
- MAURER, Hartmut Strafurteil und verfassungswidriges Gesetz (Zum Rechtsschicksal der auf § 71 StVZO oder § 49 StVO beruhenden Strafurteile); JZ 1963, S. 666 ff
- MAYER, Albrecht Ende der Friedensgerichtsbarkeit und nun?; Die Justiz 1960, S. 33 f
- MAYER, Hellmuth Die konstruktiven Grundlagen des Wiederaufnahmeverfahrens und seine Reform; GerS 99, S. 299 ff
- MÜLLER, Hermann Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 21.12.1954; NJW 1955, S. 642
- NEUMANN, Rudolf System der strafprozessualen Wiederaufnahme, (Berlin-Grunewald) 1932

- NIEDERREUTHER      Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit im Lichte der Strafverfahrenserneuerung; GerS 113, S. 305 ff
- PATZIG, Werner      Zehn Jahre Ordnungswidrigkeitengesetz; DÖV 1962, S. 737 ff
- PETERS, Karl      Strafprozeß, (Karlsruhe) 1952
- ders.      Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 13. 2. 1958; JZ 1958, S. 435 f
- PFEIFFER, Gerd      Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, (Essen) 1959
- POPPE, Werner      Neue Tatsachen im Sinne des § 9 Rechtshilfegesetz; NJW 1961, S. 1440 ff.
- PREISER, Friedrich      Der Meinungsstreit über Möglichkeiten der Wiederaufnahme des Verfahrens in Rechtshilfesachen; NJW 1962, S. 844 ff
- RAISER, Thomas      Verfassungswidrige Mindeststrafen; JZ 1963, S. 663 ff
- REIFF, Hans      Das Schicksal friedensgerichtlicher Entscheidungen nach dem Karlsruher Spruch; NJW 1960, S. 1559 ff
- RIEHN, Paul      Das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG; kuv 1963, S. 207 ff und 393 ff
- RIETZSCH      Ordnungsstrafrecht; JW 1938, S. 1073 ff
- RÖHL, Hellmut      Was wird aus den Urteilen der Friedensgerichte?; NJW 1960, S. 179 f
- RÖMER, Curt      Bundesdisziplinarordnung nebst Länderdienststrafgesetzen, (München und Berlin) 1954
- ROEMER, Walter      Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht; JZ 1951, S. 193 ff
- ROSENBERG, Leo      Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage (München und Berlin) 1961
- ROTBERG,  
Hans Eberhard      Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage (Frankfurt und Berlin) 1958
- RUTKOWSKY, Heinz      Anmerkung zum Beschluß des AG Meppen vom 30. 4. 1963; NJW 1963, S. 1636 f

- SARSTEDT, Werner  
ders. Die Revision in Strafsachen, 4. Auflage (Essen) 1962  
Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 21.12.1954;  
JR 1955, S. 152
- SAX, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege; Die Grundrechte  
(Bettermann-Nipperdey-Scheuner), Dritter Band,  
2. Halbband (Berlin) 1959
- SCHEUNER, Ulrich Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststel-  
lung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige  
Hoheitsakte; BB 1960, S. 1253 ff
- SCHMIDT, Eberhard Einführung in die Geschichte der deutschen Straf-  
rechtspflege, 3. Auflage (Göttingen) 1965
- ders. Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum  
Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, (Göttingen) 1957  
(Zit.: Eb. SCHMIDT)
- ders. Probleme des Wirtschaftsstrafrechts; SJZ 1948,  
Sp. 225 ff
- ders. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten; JZ 1951,  
S. 101 ff
- SCHMIDT-LEICHNER,  
Erich Die Folgen der Verfassungswidrigkeit des § 71 StVZO.  
Was wird aus § 21 StVG?; NJW 1962, S. 1369 ff
- SCHÖNKE-  
SCHRÖDER Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage  
(München und Berlin) 1963
- SCHORN, Hubert Das Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren,  
(Frankfurt) 1962
- ders. Wiederaufnahmeverfahren und rechtskräftige Straf-  
verfügung; JZ 1963, S. 399 ff
- SCHUMANN,  
Ekkehard Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen  
richterliche Entscheidungen (Schriften zum öffent-  
lichen Recht, Band 11), (Berlin) 1963
- ders. Zur Prüfungspflicht des BVerfG bei Verfassungsbe-  
schwerden (Das Beruhen gerichtlicher Entscheidungen  
auf dem Grundrechtsverstoß); DRiZ 1963, S. 388 ff
- SCHWARZ-  
KLEINKNECHT Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 24. Auflage  
(München und Berlin) 1963 (Zit.: SCHWARZ-KL.)

- von SCHWARZE Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens; von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts (Berlin) 1879, Band II, S. 323 ff (Zit.: v. Schwarze HH II, ..)
- SCHWINGE, Erich Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Auflage (Bonn) 1960
- SEIBERT, Klaus Verfassungswidrige Mindeststrafen?; JZ 1963, S. 749 f
- SPANNER, Hans Grundrechtsprobleme (Buchbesprechungen); VerwA 51 (1960), S. 165 ff
- SPENDEL, Günter Materiellrechtliche Straffrage und strafprozessuale Teilrechtskraft; ZStW 67, S. 556 ff
- ders. Wahrheitsfindung im Strafprozeß; JuS 1964, S. 465 ff
- von STACKELBERG, Curt Ferdinand Läßt sich die Verfassungswidrigkeit von Strafurteilen zu § 71 StVZO und § 49 StVO heilen?; NJW 1963, S. 700 f
- STAFF, Ilse Justiz im Dritten Reich, (Frankfurt und Hamburg) 1964
- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE Zivilprozeßordnung, 18. Auflage (Tübingen) 1953 (Zit.: ST-J-SCH-P)
- STRACK, Heinz Die Übergehung eines Beweisantritts als Revisionsgrund im Zivilprozeß; SJZ 1949, Sp. 830 ff
- TÖWE Die besonderen Strafsenate; GerS 114, S. 234 ff
- TRIEPEL, Heinrich Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern; Festgabe für Wilhelm Kahl, (Tübingen) 1923, II S. 1 ff
- TROPS, Fritz Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 208), (Breslau) 1926
- UIBEL, Siegfried Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.10.1962; NJW 1963, S. 868
- WÄCHTER, Josef Bedroht § 21 StVG in gleicher Weise wie die für nichtig erklärten §§ 49 StVO und 71 StVZO Zuwiderhandlungen mit Strafe?; NJW 1963, S. 2158
- WALTER, Otto Ludwig Wahrheit und Rechtskraft, Das Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteilten, (München) 1931
- WARDA, Heinz Günter Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, (Berlin) 1955

- WELZEL, Hans                      Das deutsche Strafrecht, 8. Auflage (Berlin) 1963
- ders.                                Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht; JZ 1956,  
S. 238 ff
- ders.                                Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 25. 9. 1956;  
JZ 1957, S. 130
- WENZEL, Alfons                    Das Dienststrafrecht in Bayern, 2. Auflage  
(München) 1963
- WOLF, Erik                        Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechts-  
system; Festgabe für Reinhard Frank, (Tübingen)  
1930, Band II, S. 516 ff
- ZEIS, Peter                        Anmerkung zum Beschluß des LG Aachen vom  
12. 11. 1962; NJW 1963, S. 550
- ZEKORN, Klaus                    Der Einfluß der Nichtigkeitserklärung von Gesetzen  
durch das Bundesverfassungsgericht auf die Zwangs-  
vollstreckung; ZZP 74, S. 401 ff

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|             |                                                                                                                                                                         |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a. A.       | anderer Ansicht                                                                                                                                                         |
| a. a. O.    | am angegebenen Ort                                                                                                                                                      |
| abl.        | ablehnend                                                                                                                                                               |
| Abs.        | Absatz                                                                                                                                                                  |
| abw.        | abweichend                                                                                                                                                              |
| ArchP       | Archiv für civilistische Praxis                                                                                                                                         |
| a. E.       | am Ende                                                                                                                                                                 |
| a. F.       | alte Fassung                                                                                                                                                            |
| AG          | Amtsgericht                                                                                                                                                             |
| AGGewVerbrG | Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche<br>Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der<br>Sicherung und Besserung vom 24. November 1933<br>(RGBl. I S. 1000) |
| allg.       | allgemein                                                                                                                                                               |
| Alsbe       | Alsbergs Sammlung strafprozessualer Entscheidungen<br>der Oberlandesgerichte                                                                                            |
| Anm.        | Anmerkung                                                                                                                                                               |
| AO          | Abgabenordnung vom 22. Mai 1931 (RGBl. I S. 161)                                                                                                                        |
| Art.        | Artikel                                                                                                                                                                 |
| AT          | Allgemeiner Teil                                                                                                                                                        |
| BAGE        | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts                                                                                                                                |
| BayBS       | Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts                                                                                                                        |
| BayObLG     | Bayerisches Oberstes Landesgericht                                                                                                                                      |
| BayObLGSt   | Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesge-<br>richts in Strafsachen                                                                                              |
| BayPrG      | Gesetz über die Presse vom 3. Oktober 1949<br>(BayBS I S. 310)                                                                                                          |
| BayVerfGH   | Bayerischer Verfassungsgerichtshof                                                                                                                                      |
| BayVerfGHE  | Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichts-<br>hofs                                                                                                             |
| BB          | Der Betriebs-Berater                                                                                                                                                    |
| Bd.         | Band                                                                                                                                                                    |
| BDO         | Bundesdisziplinarordnung vom 28. November 1952<br>(BGBI. I S. 761)                                                                                                      |
| Beschl.     | Beschluß                                                                                                                                                                |
| BFH         | Bundesfinanzhof                                                                                                                                                         |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896<br>(RGBl. S. 195)                                                                                                           |
| BGBI.       | Bundesgesetzblatt                                                                                                                                                       |

|          |                                                                                                                                           |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BGH      | Bundesgerichtshof                                                                                                                         |
| BGHSt    | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen                                                                                      |
| BGHZ     | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen                                                                                      |
| BStBl.   | Bundessteuerblatt                                                                                                                         |
| BT       | Besonderer Teil                                                                                                                           |
| BT-Prot. | Protokolle der Sitzungen des Bundestages,<br>1. Wahlperiode                                                                               |
| BV       | Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember<br>1946 (BayBS I S. 3)                                                                  |
| BVerfG   | Bundesverfassungsgericht                                                                                                                  |
| BVerfGE  | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts                                                                                              |
| BVerfGG  | Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom<br>12. März 1951 (BGBl. I S. 243)                                                            |
| BVerwG   | Bundesverwaltungsgericht                                                                                                                  |
| BVerwGE  | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts                                                                                              |
| DAR      | Deutsches Auto-Recht                                                                                                                      |
| ders.    | derselbe                                                                                                                                  |
| d. h.    | das heißt                                                                                                                                 |
| Diss.    | Dissertation                                                                                                                              |
| DÖV      | Die öffentliche Verwaltung                                                                                                                |
| DRiZ     | Deutsche Richter-Zeitung                                                                                                                  |
| DRZ      | Deutsche Rechts-Zeitschrift                                                                                                               |
| DStZ(A)  | Deutsche Steuer-Zeitung (Ausgabe A)                                                                                                       |
| EGStGB   | Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Nord-<br>deutschen Bund vom 31. Mai 1870 (BGBl. S. 195)                                     |
| Erl.     | Erläuterung                                                                                                                               |
| Fußn.    | Fußnote                                                                                                                                   |
| G        | Gesetz                                                                                                                                    |
| GA       | Goltdammers Archiv für Strafrecht                                                                                                         |
| gen.     | genannt                                                                                                                                   |
| GerS     | Der Gerichtssaal                                                                                                                          |
| GewA     | Gewerbearchiv                                                                                                                             |
| GG       | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom<br>23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)                                                           |
| Gr. Sen. | Großer Senat                                                                                                                              |
| GVBl.    | Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt                                                                                                  |
| GVG      | Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877<br>(RGBl. S. 41) in der Fassung der Bekanntmachung vom<br>12. September 1950 (BGBl. S. 513) |
| HambJVBl | Hamburgisches Justizverwaltungsblatt                                                                                                      |
| HEst     | Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen                                                                                        |

|             |                                                                                                                                                                                                           |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| HH II       | von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafpro-<br>zeßrechts, Band II                                                                                                                                  |
| h. L.       | herrschende Lehre                                                                                                                                                                                         |
| h. M.       | herrschende Meinung                                                                                                                                                                                       |
| JGG         | Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953<br>(BGBl. I S. 751)                                                                                                                                               |
| JR          | Juristische Rundschau                                                                                                                                                                                     |
| JuS         | Juristische Schulung                                                                                                                                                                                      |
| JW          | Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                                 |
| JZ          | Juristenzeitung                                                                                                                                                                                           |
| KG          | Kammergericht                                                                                                                                                                                             |
| KM          | Kleinknecht-Müller, StPO                                                                                                                                                                                  |
| krit.       | kritisch                                                                                                                                                                                                  |
| kuv         | kraftfahrt und verkehrsrecht                                                                                                                                                                              |
| LadSchlG    | Gesetz über den Ladenschluß vom 28. November 1956<br>(BGBl. I S. 875)                                                                                                                                     |
| LG          | Landgericht                                                                                                                                                                                               |
| LK          | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch                                                                                                                                                                   |
| LM          | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausge-<br>geben von Lindenmaier-Möhring                                                                                                                        |
| Löwe-R.     | Löwe-Rosenberg, StPO                                                                                                                                                                                      |
| Mat.        | Materialien                                                                                                                                                                                               |
| MDR         | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                                                                                                                         |
| MRK         | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und<br>Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (BGBl. II<br>S. 686)                                                                                                |
| n. F.       | neue Fassung                                                                                                                                                                                              |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                            |
| Nr.         | Nummer                                                                                                                                                                                                    |
| OFD         | Oberfinanzdirektion                                                                                                                                                                                       |
| OGHSt       | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs (für die<br>britische Besatzungszone) in Strafsachen                                                                                                             |
| OLG         | Oberlandesgericht                                                                                                                                                                                         |
| OWiG        | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952<br>(BGBl. I S. 177) in der Fassung der Gesetze vom<br>26. Juli 1957 (BGBl. I S. 861 und II S. 713)                                                     |
| PAG         | Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei<br>in Bayern vom 16. Oktober 1954 (BayBS I S. 442)<br>in der Fassung vom 3. April 1963 (GVBl. S. 95)                                                  |
| RA-DS 94 VI | Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen<br>und Verfassungsrecht des Bundestages (1. Wahlperiode)<br>über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht<br>(Ausschußdrucksache Nr. 94), Teil VI |

|             |                                                                                                                                                 |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rdn.        | Randnummer                                                                                                                                      |
| RG          | Reichsgericht                                                                                                                                   |
| RGBl.       | Reichsgesetzblatt                                                                                                                               |
| RGSt        | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen                                                                                                |
| RGZ         | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen                                                                                                |
| RHG         | Gesetz über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe<br>in Strafsachen vom 2. Mai 1953 (BGBI. I S. 161)                                          |
| Rspr.       | Rechtsprechung                                                                                                                                  |
| S.          | Seite                                                                                                                                           |
| SchlHA      | Schleswig-Holsteinische Anzeigen                                                                                                                |
| Schwarz-Kl. | Schwarz-Kleinknecht, StPO                                                                                                                       |
| SGG         | Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953<br>(BGBI. I S. 1239)                                                                                 |
| SJZ         | Süddeutsche Juristen-Zeitung                                                                                                                    |
| sog.        | sogenannt                                                                                                                                       |
| Sp.         | Spalte                                                                                                                                          |
| StAfBWü     | Staatsanzeiger für Baden-Württemberg                                                                                                            |
| StGB        | Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127)<br>in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August<br>1953 (BGBI. I S. 1083)                   |
| St-J-Sch-P  | Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO                                                                                                                  |
| StPÄG       | Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des<br>Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.10.1964<br>(BGBI. I S. 1067)                           |
| StPO        | Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 (RGBl.<br>S. 253) in der Fassung der Bekanntmachung vom<br>12. September 1950 (BGBI. S. 629)             |
| str.        | strittig                                                                                                                                        |
| StRegVO     | Strafregisterverordnung vom 17. Februar 1934<br>(RGBl. I S. 140)                                                                                |
| StVG        | Straßenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1952<br>(BGBI. I S. 837)                                                                                 |
| StVO        | Straßenverkehrs-Ordnung vom 13. November 1937<br>(RGBl. I S. 1179) in der Fassung der Bekanntmachung<br>vom 29. März 1956 (BGBI. I S. 271, 327) |
| StVZO       | Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 13. Novem-<br>ber 1937 (RGBl. I S. 1215) in der Fassung vom 6. De-<br>zember 1960 (BGBI. I S. 898)       |
| unv.        | unveröffentlicht                                                                                                                                |
| Urt.        | Urteil                                                                                                                                          |

|              |                                                                                                                                                                                                      |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VereinHG     | Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenwesens vom 12. September 1950 (BGBl. S. 445) |
| VerwA        | Verwaltungsarchiv                                                                                                                                                                                    |
| vgl.         | vergleiche                                                                                                                                                                                           |
| VO           | Verordnung                                                                                                                                                                                           |
| Vorb.        | Vorbemerkung                                                                                                                                                                                         |
| VRS          | Verkehrsrechts-Sammlung                                                                                                                                                                              |
| VwGO         | Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17)                                                                                                                                       |
| WDO          | Wehrdisziplinarordnung vom 15. März 1957 (BGBl. I S. 187)                                                                                                                                            |
| WiGBL.       | Gesetzblatt des Vereinigten Wirtschaftsgebietes                                                                                                                                                      |
| WiStG (1949) | Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. Juli 1949 (WiGBL. S. 193)                                                                                                                                             |
| WiStG (1954) | Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954) vom 9. Juli 1954 (BGBl. I S. 175)                                                                         |
| z. B.        | zum Beispiel                                                                                                                                                                                         |
| Ziff.        | Ziffer                                                                                                                                                                                               |
| Zit.         | Zitierweise                                                                                                                                                                                          |
| ZPO          | Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl. S. 83) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl. S. 533)                                                                         |
| z. T.        | zum Teil                                                                                                                                                                                             |
| zust.        | zustimmend                                                                                                                                                                                           |
| ZZP          | Zeitschrift für Zivilprozeßrecht                                                                                                                                                                     |

## E I N L E I T U N G

Die Möglichkeit, durch Spruch eines besonderen, eigens dafür bestimmten Gerichts der Unvereinbarkeit einer Rechtsnorm mit dem Rechtssatz einer höheren Stufe der Normenhierarchie allgemeinverbindlich feststellen zu lassen, ist kein durch GG und BVerfGG geschaffenes Novum, wenngleich sie hier erstmals in der Geschichte des deutschen Verfassungsrechts eine umfassende Ausgestaltung erfahren hat. Bereits die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919<sup>1)</sup> ließ solche Entscheidungen zu, nämlich einmal durch Beschluß eines der oberen Gerichte des Reichs bei Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit einer (nach Art. 13 I höherrangigen) Reichsnorm gemäß Art. 13 II i. V. m. dem AusführungG zu Art. 13 II vom 8. 4. 1920<sup>2) 3)</sup> und zum anderen im Rahmen der nach Art. 19 vom Staatsgerichtshof zu entscheidenden Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, wenn von einem Land die Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes in Frage gestellt und zum Hauptgegenstand des Verfahrens gemacht wurde<sup>4)</sup>.

Die Frage nach den Rechtsfolgen für das danach verfassungswidrige Gesetz selbst und für die gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakte, die unter Verwendung des verfassungswidrigen Gesetzes ergangen waren, ließ der Gesetzgeber unbeantwortet. Auch das Schrifttum schenkte ihr nur wenig Aufmerksamkeit<sup>5)</sup>. Es gelangte zwar zu dem Ergebnis, daß die die Unvereinbarkeit einer Norm aussprechende Entscheidung eines oberen Gerichts bzw. des Staatsgerichtshofs besage, die betreffende Vorschrift sei von Anfang an nichtig<sup>6)</sup>, begnügte sich im übrigen aber damit, ihr jede Wirkung auf einmal rechtskräftig gewordene Staatsakte abzusprechen<sup>7)</sup>.

Der Gesetzgeber der Bundesrepublik überließ die Klärung der Fragen, ob und gegebenenfalls welche Rechtsfolgen die nunmehr ausdrücklich als Nichtigserklärung gekennzeichnete Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf die verschiedenen Arten unanfechtbar gewordener Hoheitsakte nach sich ziehen sollte, denen eine nichtigerklärte Norm zugrunde liegt, nicht der Rechtswissenschaft, sondern traf in § 79 BVerfGG eine positiv-rechtliche Regelung. In Abs. 1 dieser

---

1) RGL. S. 1383.

2) RGL. S. 510.

3) ANSCHÜTZ Art. 13 Nr. 4 (S. 104 f) mit weiteren Nachweisen.

4) ANSCHÜTZ Art. 15 Nr. 9 (S. 123) und Art. 19 Nr. 12 (S. 173) mit weiteren Nachweisen.

5) KIPP S. 85.

6) ANSCHÜTZ Art. 13 Nr. 6 (S. 108); TRIEPEL S. 113.

7) ANSCHÜTZ Art. 13 Nr. 4 (S. 105); TRIEPEL a. a. O.

Vorschrift ist für rechtskräftige Strafurteile bestimmt;

"Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig."

Als Folge dieser denkbar knappen Verweisung auf ein von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur recht flüchtig behandeltes und vernachlässigtes, überdies auf andere Fallgruppen zugeschnittenes Rechtsinstitut der StPO, waren von Anfang an hier viele Zweifelsfragen zu erwarten. So hat sich auch das BVerfG bereits zu der Bemerkung veranlaßt gesehen, daß die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens im Anschluß an die Nichtigerklärung einer Norm ein 'von der in mannigfacher Hinsicht noch ungeklärten Auslegung des § 79 I BVerfGG abhängiger und infolgedessen unsicherer Weg' sei <sup>8)</sup>.

Die Nichtigerklärung der §§ 49 StVO und 71 StVZO durch das BVerfG <sup>9)</sup>, die Bestandteil zahlloser verkehrsstrafrechtlicher Entscheidungen gewesen waren, hat gezeigt, daß die hier inmitten liegenden Probleme nicht nur theoretisches Interesse beanspruchen können, sondern auch erhebliche praktische Bedeutung haben. Sie hat eine fast unüberschaubare Flut von Entscheidungen über Wiederaufnahmeanträge nach sich gezogen und eine Reihe namhafter Juristen zu - allerdings kürzeren - Abhandlungen veranlaßt, nachdem § 79 I BVerfGG im ersten Jahrzehnt seiner Existenz eine recht wenig beachtete Vorschrift gewesen war <sup>10)</sup>.

Gleichwohl ist auch heute noch manches im Rahmen des § 79 I BVerfGG offen. Dies hat - abgesehen von den bereits genannten Umständen - unter anderem seinen Grund darin, daß die von der Nichtigerklärung der §§ 49 StVO und 71 StVZO ausgehende Rechtsprechung nach unserer Gerichtsverfassung zwangsläufig in weitem Maße von den Obergerichten ferngehalten bleibt; Durch die für nichtig erklärten verkehrsrechtlichen Bestimmungen waren Übertretungstatbestände geschaffen worden, so daß hier in jedem Fall die Oberlandesgerichte bzw. das BayObLG letzte Instanz waren, Entscheidungen des BGH waren also nur als Folge einer Vorlagepflicht im Rahmen von § 121 GVG möglich. Da die hierin verankerte Vorlagepflicht jedoch lediglich für Revisionsentscheidungen und nicht für Beschwerdeentscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren gilt <sup>11)</sup> (also auch nicht für solche

8) BVerfGE 11, 61 (63).

9) BVerfGE 14, 174 und 14, 254.

10) Von den bisher in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des BVerfG befassen sich nur folgende mit der Vorschrift: 2, 380 (404 f); 11, 61 (63); 11, 263; 15, 303 und 15, 309.

11) § 121 II GVG, vgl. dazu OLG Köln NJW 1963, 456.

im Zuge eines aus § 79 I BVerfGG hergeleiteten Verfahrens), ist gerade dieser Weg zu höchstrichterlichen Entscheidungen verschlossen <sup>12)</sup>. Was die demgegenüber im Rahmen von Verfassungsbeschwerdeverfahren möglichen und tatsächlich ergangenen Entscheidungen des BVerfG angeht <sup>13)</sup>, so sind von ihnen zu den meisten Einzelproblemen keine Leitsätze zu erwarten, weil die in diesem Zusammenhang allein bedeutsame verfassungsrechtliche Frage, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt oder nicht, zumeist nicht von der Lösung der von § 79 I BVerfGG aufgeworfenen Fragen in dieser oder jener Richtung abhängt.

Zu diesem Mangel vereinheitlichender und richtungweisender Entscheidungen gesellt sich als weitere Ursache für die oftmals unbefriedigende Lösung mancher Probleme der Umstand, daß sich die durch die Nichtigerklärung der §§ 49 StVO und 71 StVZO bedingten Erkenntnisse oftmals nur mit Sonderproblemen befassen, die daraus entstanden sind, daß die im Wiederaufnahmewege angegriffenen Verurteilungen wegen der vom BVerfG ausdrücklich bejahten Verfassungsmäßigkeit von § 21 StVG <sup>14)</sup> bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses auch auf eine verfassungsmäßige Strafnorm hätten gestützt werden können <sup>15)</sup>. Zumindest scheinen viele dieser Entscheidungen von der besonderen Fallgestaltung stark beeinflusst, so daß sie zur Klärung der Fragen im allgemeinen, die einem bei der Untersuchung von § 79 I BVerfGG entgetreten, nicht viel beizutragen vermögen.

Angesichts dieser Lage erscheint es nicht verfehlt, den zahlreichen Fragen um § 79 I BVerfGG einräumigen breiteren Raum zu widmen. Da es den Rahmen einer strafverfahrensrechtlichen Dissertation sprengen würde, § 79 I BVerfGG in rechtsphilosophischer, rechtspolitischer, verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Hinsicht zu würdigen, macht es sich die vorliegende Arbeit nur zur Aufgabe, diese Bestimmung vom Strafprozessualen her zu untersuchen. Die übergroße Fülle des Stoffes bedingte dabei eine Beschränkung des Themas auf die Erörterung des Fragenkreises, unter welchen Voraussetzungen eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 79 I BVerfGG stattfinden kann, so daß die Darstellung des verfahrensrechtlichen Weges ihrer Prüfung ebenso wie das bei Bejahung aller Wiederaufnahmeerfordernisse des § 79 I BVerfGG abrollende weitere Verfahren von der Erörterung ausgenommen bleiben. Innerhalb dieses Kreises gilt es zunächst, durch eine Analyse des Wesens des in § 79 I BVerfGG neugeschaffenen Wiederaufnahmegrundes und eine Gegenüberstellung mit den Wiederaufnahme-

---

12) Darauf weisen MAURER JZ 1963, 667 und KOHLHAAS NJW 1963, 454 zutreffend hin.

13) Vgl. außer den in Fußn. 10 gen. Ents. noch BVerfGE 12, 338 (340).

14) BVerfGE 14, 245.

15) Ob das wirklich ausnahmslos zutrifft, kann hier dahinstehen.

gründen der StPO seine Stellung im Wiederaufnahmerecht zu bestimmen, um so erste Abgrenzungen des Anwendungsbereichs der Vorschrift zu erlangen. Im zweiten Teil der Arbeit sollen mit Hilfe der hierbei gewonnenen Ergebnisse Inhalt und Bedeutung der verschiedenen Voraussetzungen für eine auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahme ermittelt, insbesondere die Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung näher ausgelegt und dadurch die mehr ins einzelne gehenden Fragen einer Lösung zugeführt werden.

# I. T E I L

## DIE STELLUNG DES § 79 I BVerfGG IM SYSTEM DER WIEDERAUFNAHME RECHTSKRÄFTIG ABGESCHLOSSENER STRAFVERFAHREN

### 1. ABSCHNITT

#### Grundlagen.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens im allgemeinen

#### I. DIE RECHTSKRAFT UND IHRE DURCHBRECHUNG

##### 1. Die Doppelaufgabe des Strafverfahrens

Jedes Strafverfahren zielt darauf ab, in Beantwortung der einander logisch nachgeordneten Fragen, ob sich ein bestimmtes historisches Geschehen abspielte und ob hierdurch der Beschuldigte <sup>16)</sup> rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllte, das Vorliegen der Voraussetzungen eines staatlichen Strafanspruchs zu untersuchen. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung ist entweder auszusprechen, daß im Hinblick auf die Verwirklichung dieses oder jenes Straftatbestandes eine bestimmte Strafe verwirkt wurde, und diese Strafe zu vollstrecken oder das Nichtbestehen staatlicher Strafbefugnis festzuhalten.

Oberste Aufgabe ist es dabei, die Wahrheit im weitesten Sinn zu erforschen, d.h. zunächst tatsächliche Feststellungen zu treffen, die mit dem übereinstimmen, was wirklich war, und dann den ermittelten Sachverhalt auch so zu würdigen, wie es der bestehenden Rechtslage entspricht <sup>17)</sup>.

---

16) Der Begriff des Beschuldigten ist hier nicht im Sinn des § 157 StPO, sondern in der umfassenden Bedeutung des am Strafprozeß auf der Passivseite beteiligten Prozeßsubjekts zu verstehen.

17) ALSBERG S. 75; HENKEL S. 95 f; NIEDERREUTHER GersS 113, 306; PETERS S. 68; SPENDEL JuS 1964, 466; abw. ENGISCH Wahrheit S. 6 f, der neuerdings den Begriff der Wahrheitsfindung auf die Sachverhaltsermittlung beschränkt und für die Rechtsanwendung - soweit sie nicht Wirklichkeitserkenntnis ist, wie beim Aufsuchen der Rechtsquellen - den Maßstab des Richtigen aufstellt.

Mit dieser Aufgabe ist gleichzeitig und untrennbar das Bestreben verbunden, durch ein richterliches Erkenntnis möglichst rasch mit allseits und für alle Zeit zu respektierender Wirkung - "rechtskräftig" - die einen "Krankheitszustand des Rechtsfriedens" <sup>18)</sup> darstellende Unsicherheit über das Vorhandensein eines Strafanspruchs im konkreten Einzelfall zu beenden. Als von der Autorität des Staates getragen kommt dem strafrichterlichen Erkenntnis notwendigerweise auch die Aufgabe einer endgültigen, definitiven Lösung zu <sup>19)</sup>. Sie befriedigt das Bedürfnis der Allgemeinheit nach Ordnung und Rechtsfrieden, wahrt das Ansehen des Staates und seiner Richter und schützt den Beschuldigten vor wiederholter Verfolgung im Zusammenhang mit ein und demselben Lebensvorgang. Um ihrer gerade hierin liegenden großen rechtsstaatlichen Bedeutung willen ist diese Funktion in Art. 103 III GG verfassungsmäßig garantiert. Das Strafverfahren hat also auch dem zu den Grundwerten unseres sozialen Zusammenlebens zählenden Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.

## 2. Das Spannungsverhältnis zwischen den Aufgaben des Strafprozesses

Es ist unschwer einzusehen, daß das Bestreben nach alsbaldiger Endgültigkeit des ein Verfahren abschließenden Erkenntnisses und der Wunsch nach voller Wahrheitsfindung Gegensätze sind und eines der im Strafprozeß so zahlreich vorhandenen Spannungsverhältnisse hervorrufen;

Angesichts der begrenzten menschlichen Erkenntniskraft bietet ein Strafverfahren ungeachtet aller vom Gesetzgeber in den Verfahrensablauf eingebauten Sicherungen und allen Bemühens der Rechtspflegeorgane keine Gewähr dafür, daß die an seinem Ende stehende Entscheidung der materiellen Gerechtigkeit entspricht. Eine derartige Abweichung kann als Folge der oben S. 5 erwähnten Zweistufigkeit strafrichterlicher Erkenntnistätigkeit wesensverschiedene Hauptursachen haben. Sie kann entweder auf einer das wahre Geschehen nicht aufdeckenden und damit unzutreffenden Untersuchung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht beruhen. Sie kann sich aber auch aus dessen rechtsfehlerhafter Bewertung ergeben.

Im Hinblick darauf verlangt das Streben nach einer materiell gerechten Entscheidung, das schon in der Idee unendlich ist <sup>20)</sup>, letztlich zum Zweck der strafrechtlichen Beurteilung eines Falles in voller Übereinstimmung mit der Wahrheit die Möglichkeit, sich mit einem Geschehen in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung

---

18) LOBE GerS 110, 252.

19) NEUMANN S. 1; GIEHL S. 1 f; PETERS S. 70.

20) HENKEL S. 440.

auch zeitlich unbeschränkt beschäftigen zu können. Folgerichtig durchgeführt ergäbe sich hieraus die Forderung nach der Möglichkeit, eine Strafsache zugunsten wie zuungunsten des Beschuldigten immer wieder von neuem aufzurollen, sobald nur ein Zweifel an der Richtigkeit der ergangenen Entscheidung entsteht <sup>21)</sup>. Dem Gedanken der Rechtssicherheit ist demgegenüber an einer möglichst rasch herbeigeführten unumstößlichen Entscheidung gelegen. Er erlaubt keine - mit zunehmendem Zeitablauf ohnehin immer fragwürdiger werdenden - ständig neuen Verhandlungen in der oft nur vagen Hoffnung auf eine gerechtere Entscheidung, sondern fordert, daß jedes Verfahren bald zur Ruhe kommt und die Rechtssuche im Einzelfall ein Ende findet.

### 3. Die Funktion des Systems der ordentlichen Rechtsmittel

Dem Ausgleich zwischen dieser Polarität dienen die ordentlichen Rechtsmittel. Eine Entscheidung soll in aller Regel nicht sogleich mit ihrem Erlass in Rechtskraft erwachsen und damit ungeachtet ihrer etwaigen Fehlerhaftigkeit unabänderlich und verbindlich werden. Sie kann vielmehr nach Maßgabe der Vorschriften des Dritten Buches des StPO zunächst noch mit Hilfe von Rechtsmitteln durch ein höheres Gericht auf ihre Richtigkeit nachgeprüft werden. Danach bestehen für die Prozeßbeteiligten gewisse Möglichkeiten, zugunsten des Strebens nach einem der wahren Sach- und Rechtslage entsprechenden Urteil den Eintritt der Rechtskraft hinauszuschieben. Erst wenn das betreffende Erkenntnis nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann, soll Rechtskraft eintreten. Ist dies aber einmal geschehen, so muß das Strafverfahren andererseits auch seinen Abschluß gefunden haben und kann nicht mehr durch mehr oder minder starke Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung neu aufgerollt werden.

### 4. Die Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung als Postulat der materiellen Gerechtigkeit

Es ist nun rein gedanklich ebenso möglich, daß eine Rechtsordnung die Gewährung eines bestimmten Systems ordentlicher Rechtsmittel als zur Wahrung des Gedankens der materiellen Gerechtigkeit genügend ansieht und ausnahmslos die Unabänderlichkeit hiernach einmal rechtskräftig gewordener Entscheidungen statuiert ohne Rücksicht darauf, ob sie sich hinterher als grob ungerecht erweisen, wie es sich umgekehrt denken läßt, daß ein Rechtssystem unter Hintanstellung der Rechtssicherheit zahlreiche Möglichkeiten einer Rechtskraftdurchbrechung schafft. Die

---

21) HENKEL a. a. O.

Geschichte des deutschen Strafprozeßrechts lehrt, wie unterschiedlich infolge der Veränderungen der Wertvorstellungen einer Rechtsgemeinschaft von den in Widerstreit stehenden Prinzipien das Ergebnis der hier vorzunehmenden Abwägung im Laufe der Jahrhunderte ausfallen kann.

So war der spätere deutsche Inquisitionsprozeß derart vom Gedanken der Wahrheitsfindung und einer unbedingten Strafpflicht des Staates beherrscht, daß in den praktisch häufigen Fällen nicht völliger Klärung des Schuldvorwurfs sogar auf einen der Rechtskraft fähigen Abschluß des Verfahrens verzichtet, dem Angeklagten lediglich eine sog. Instanzenbindung ("absolutio ab instantia") zugewilligt wurde und jederzeit ein Wiederaurollen des Verfahrens zulässig war, sobald sich neue Verdachtsmomente ergaben. Daneben war ihm unter den Bezeichnungen 'Wiederaufnahme', "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" und "Restitution" auch eine Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten des Verurteilten in weitestem Sinne bekannt <sup>22)</sup>.

Im scharfen Gegensatz dazu waren bis in die Zeit der Carolina Strafurteile nicht einmal mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar, sondern sogleich unabänderlich <sup>23)</sup>. Ähnliches gilt für das "reformierte Verfahren" des 19. Jahrhunderts, das - allerdings einseitig zum Schutz des Angeklagten - die Endgültigkeitswirkung des Verfahrensabschlusses herausstellte und keine Rechtskraftdurchbrechung zu seinen Ungunsten kannte <sup>24)</sup>.

Das geltende Recht ist keiner derartigen Extremlösung gefolgt. Es kennt den außerordentlichen Rechtsbehelf der Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener Verfahren zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten, um auch noch nach Eintritt der Rechtskraft wenigstens in engen Grenzen offenbar unrichtige Strafurteile korrigieren zu können. Damit zieht es die Konsequenz aus der heute allgemein herrschenden, zutreffenden Vorstellung, daß der Konflikt zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in bestimmten Fällen über die durch das Rechtsmittelsystem geschaffenen Möglichkeiten hinaus zugunsten des erstgenannten Prinzips entschieden werden muß. Der Ausschluß weiterer Prüfung einer strafrechtlichen Entscheidung infolge bereits eingetretener Rechtskraft darf für das Gerechtigkeitsempfinden nicht schlechthin untragbar sein. Hierdurch würde nicht nur dem an sich berechtigten Verlangen nach größtmöglicher Rechtssicherheit "ein zu hoher Preis gezahlt" <sup>25)</sup>. Die Rechtskraft könnte unter derartigen

---

22) Vgl. die Nachweise bei MAYER GerS 99, 299 f.

23) NIEDERREUTHER GerS 113, 308 ff.

24) HENKEL S. 441.

25) HENKEL S. 451.

Verhältnissen auch gar nicht mehr voll ihre Aufgabe im Dienst der Rechtssicherheit erfüllen: Unangreifbarkeit der Entscheidung wäre hier nämlich dem Ansehen der staatlichen Rechtspflege nicht förderlich, sondern würde ihm schaden, indem sie das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft auf eine gerechte Handhabung des Rechts durch die hierzu berufenen Organe erschüttern könnte.

## II. DIE GRUNDSÄTZE DER IN DER StPO GEREGLTEN WIEDERAUFNAHME DES VERFAHRENS

Während die Erforderlichkeit eines außerordentlichen Rechtsbehelfs gegenüber rechtskräftigen Strafurteilen als solche nicht bezweifelt werden kann, ist die Bestimmung des Ausmaßes, in dem eine Rechtskraftdurchbrechung zulässig sein soll, d. h. der Gesichtspunkte und Voraussetzungen, unter denen man sie ermöglichen will, Sache verständigen rechtspolitischen Ermessens des Gesetzgebers. Die geltende StPO gibt die Antwort auf die hier anstehenden Fragen in ihrem "Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens" überschriebenen Vierten Buch, in den §§ 359 und 362. Die dort vorgenommene Aufzählung von Wiederaufnahmegründen stimmt im wesentlichen mit der schon in den §§ 399 und 402 der StPO von 1877 getroffenen Regelung überein<sup>26)</sup>. Als Grundgedanken des Wiederaufnahmerechts der StPO lassen sich danach vor allem festhalten:

- 
- 26) An sachlich nennenswerten Änderungen gegenüber der ursprünglichen Fassung der Wiederaufnahmegründe sind zu verzeichnen die 1933 durch Art. 2 Nr. 31 des AGGewVerbrG vorgenommene Einfügung der "Maßregeln der Sicherung und Besserung" in § 359 Nr. 5 und die 1950 in Art. 3 Nr. 151 VereinHG erfolgte Anpassung an die mittlerweile durchgeführte Neufassung der Bestimmungen des StGB über vorsätzliche Falschaussage und Urkundenfälschung. Darüber hinaus hatte Art. 6 der 3. VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943 (RGBl. I S. 342) die Wiederaufnahmegründe erweitert und die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten in ihren Voraussetzungen der zugunsten eines Verurteilten nahezu gleichgestellt. Während diese Gleichstellung nach dem Zusammenbruch 1945 in den Ländern der amerikanischen und britischen Besatzungszone wieder aufgehoben wurde, behielt sie in der französischen Zone Gültigkeit, bis die Bundesrepublik in Art. 3 Nr. 151 und 152 VereinHG hier zum Rechtszustand vor 1943 zurückkehrte.

# 1. Neuerörterung des Sachverhalts nur nach der tatsächlichen, nicht auch nach der rechtlichen Seite hin

Beherrschender Leitgedanke der von der StPO anerkannten Wiederaufnahmegründe ist es, daß mit ihrem Vorliegen Unrichtigkeit der tatsächlichen Voraussetzungen behauptet wird, von denen die rechtliche Würdigung des Wiederaufnahmeobjekts ihren Ausgang genommen hat. Sie sollen die Möglichkeit schaffen, in bestimmten Grenzen "die für die Schuldfrage wesentlichen Beweisgrundlagen neu zu erörtern"<sup>27)</sup>. Nur wer geltend macht, das dem angegriffenen Erkenntnis zugrunde gelegte Beweisergebnis sei unzutreffend, soll mit einem Wiederaufnahmeantrag an der Rechtskraft rühren können. Fehler bei der rechtlichen Beurteilung eines richtig festgestellten Sachverhalts führen hingegen weder zur Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens noch können sie mit Hilfe eines anderen außerordentlichen Rechtsbehelfs geltend gemacht werden. Insoweit schließt die StPO jede erneute Erörterung aus und läßt mit der Rechtskraft Heilung eintreten ohne Rücksicht darauf, ob ein noch so grober rechtlicher Fehler - sei es bei der Anwendung materiellrechtlicher Normen, sei es bei der von Bestimmungen des formellen Rechts - unterlaufen ist<sup>28)</sup>. Ebenso wenig bildet nach dem Willen des Gesetzgebers eine Änderung der Rechtsprechung zu einer für eine rechtskräftige Entscheidung maßgeblich gewordenen Rechtsfrage einen Wiederaufnahmegrund<sup>29)</sup>. Die Wiederaufnahme des Verfahrens wendet sich sonach nicht gegen ein Urteil als Rechtsentscheidung sondern als Tatentscheidung<sup>30)</sup>.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht lediglich der in § 359 Nr. 3 und § 362 Nr. 3 StPO genannte Wiederaufnahmegrund der Begehung eines "Richterdelikts"<sup>31)</sup> seitens eines an der angegriffenen Entscheidung beteiligt gewesenen Berufsrichters, Schöffen oder Geschworenen "in Beziehung auf die Sache", d. h. im Verlauf des betreffenden Verfahrens und in innerem Zusammenhang mit diesem<sup>32)</sup>. Eine derartige Pflichtverletzung kann nicht nur darin bestehen, daß der Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt bewußt schlecht ermittelt oder unzutreffend festgestellt wird, sondern auch in einer fehlerhaften Anwendung des

---

27) KOHLRAUSCH Vorb. 2 vor § 359.

28) RGSt 19, 321 (323); OLG Köln MDR 1952, 313; OLG Hamburg MDR 1953, 119; LÖWE-R. Vorb. 3a vor § 359; Eb. SCHMIDT Vorb. 7 vor § 359; HENKEL S. 451; PETERS S. 536.

29) NEUMANN S. 4; Eb. SCHMIDT a. a. O.

30) GERLAND S. 436.

31) Vor allem Rechtsbeugung (§ 334 StGB) und Begünstigung im Amt (§ 346 StGB), jedoch auch Delikte nach §§ 240, 257, 267, 336, 339 und 348 StGB.

32) von HENTIG S. 40.

Rechts auf einen einwandfrei festgestellten Sachverhalt <sup>33)</sup>. Zu weit geht es freilich, wenn NEUMANN <sup>34)</sup> unter unzutreffender Verweisung auf von HENTIG und von SCHWARZE <sup>35)</sup> die Auffassung vertreten, daß pflichtverletzende Einwirkungen des Richters auf die Beweisaufnahme nicht unter §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO fallen, daß sich mithin dieser Wiederaufnahmegrund nur auf die pflichtwidrige rechtliche Würdigung des Beweisergebnisses beziehe. Für eine solche einschränkende Auslegung findet sich kein Anhaltspunkt.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach der Regelung der StPO tritt damit - wenn man einen Vergleich zu den ordentlichen Rechtsmitteln ziehen will - in scharfen Gegensatz zur Revision, während sie mit der Berufung eine gewisse Verwandtschaft aufweist <sup>36)</sup>.

## 2. Bevorzugung der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten

Die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des bereits einmal angeklagt Gewesenen ist an engere Voraussetzungen geknüpft als die zur Beseitigung von Justizirrtümern im eigentlichen Sinn, die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten. Eine Parallelität besteht nur, soweit bestimmte strafbare Handlungen am Strafverfahren beteiligter Personen Wiederaufnahmegründe abgeben (§ 359 Nr. 1 - 3 und § 362 Nr. 1 - 3 StPO). Demgegenüber ist - ganz abgesehen davon, daß für die Wiederaufnahme in malam partem ein dem § 359 Nr. 4 StPO entsprechender Wiederaufnahmegrund fehlt - die Frage, welche nova einen Wiederaufnahmegrund bilden, von einem entscheidenden Unterschied geprägt: Während die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten immer schon dann zulässig ist, wenn irgendwelche neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die entweder für sich allein oder aber auch nur in Verbindung mit den bereits früher erhobenen Beweisen einen Freispruch, eine mildere Bestrafung aus einem milderen Strafgesetz oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel zu begründen geeignet sind, ist das einzige eine Wiederaufnahme zuungunsten zulässig machende novum das Geständnis des Freigesprochenen. Daraus geht noch hervor, daß das Geständnis nur dann Wiederaufnahmegrund ist, wenn es geeignet ist, zur Beseitigung eines Freispruchs und nicht nur zur nachträglichen Verurteilung eines bereits Verurteilten aus einem schwere-

---

33) Eb. SCHMIDT Vorb. 7 vor § 359; LÖWE-R. Vorb. 3a vor § 359.

34) S. 302.

35) HH II S. 337 Fußn. 8.

36) NEUMANN S. 4.

ren Strafgesetz zu führen <sup>37)</sup>.

Die bevorzugte Behandlung der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten findet ihre Begründung zunächst darin, daß nach allgemeiner Rechtsauffassung ein unberechtigter Freispruch meist in geringerem Widerspruch mit dem nun einmal stärker auf den Individualrechtsschutz ausgerichteten Gebot materieller Gerechtigkeit steht als das Abirren staatlicher Straf Gewalt auf einen Unschuldigen <sup>38)</sup>. Es kommt hinzu, daß ein mit Hilfe von neuen Tatsachen oder Beweismitteln unternommener Angriff auf einen Freispruch leichter zu führen ist als gegen eine Verurteilung <sup>39)</sup>. Im ersten Fall genügt es, dem bereits vorhandenen, für sich zu einer Verurteilung nicht ausreichenden Belastungsmaterial weiteres hinzuzufügen, während der verurteilte Wiederaufnahmewerber den in seiner Verurteilung liegenden Schuldbeweis durch einen Gegenbeweis widerlegen muß. Die gleichmäßige Zulassung von Wiederaufnahmeverfahren zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten hätte deshalb eine rechtspolitisch nicht zu verantwortende Vorrangstellung der für den Angeklagten nachteiligen Wiederaufnahme zur Folge.

### 3. Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeiten auf bestimmte Ziele

Weiteres Charakteristikum des Wiederaufnahmerechts der StPO sind mehrere in ihm enthaltene, zum Teil einschneidende Zulässigkeitsschranken. Zunächst ist gemäß § 364 StPO ein auf §§ 359 Nr. 1 - 3 und 362 Nr. 1 - 3 StPO, also auf einen Wiederaufnahmegrund ex capite falsi, gestützter Antrag nur zulässig, wenn wegen der betreffenden Straftat eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder ein Strafverfahren aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht möglich war. Vor allem aber wird die Möglichkeit von Wiederaufnahmeverfahren zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten erheblich dadurch eingeschränkt, daß sich - abgesehen von den Formalien - die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht in der Geltendmachung eines gesetzlich anerkannten Wiederaufnahmegrundes und dem Vorliegen einer Beschwer des Antragstellers <sup>40)</sup> durch die angefochtene rechtskräftige Entscheidung erschöpfen, sondern daß darüber hinaus mit dem Wiederaufnahmeantrag ein durchgreifender Erfolg noch näher zu bestimmenden Um-

37) So schon RGSt 3, 399 und die allg. Meinung im Schrifttum, vgl. LÖWE-R. § 362 Anm. 7 und SCHWARZ-KL. § 362 Anm. 3a.

38) von HIPPEL S. 611; MAYER GerS 99, 305.

39) von KRIES S. 703; GIEHL S. 15; Graf zu DOHNA S. 209 ff und von HIPPEL a. a. O.

40) KM Vorb. 4 vor § 359.

fangs erstrebt werden muß. Nach § 363 I StPO ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens nämlich nicht mit dem Ziel zulässig, eine andere Strafbemessung aufgrund desselben Strafgesetzes herbeizuführen. Das ist im wesentlichen gleichbedeutend damit, daß sich ein zulässiger Wiederaufnahmeantrag gegen Schuld- und Strafausspruch wenden muß, hingegen nicht den Zweck verfolgen kann, in einem neuen Verfahren eine andere Entscheidung nur in der Schuld- oder in der Straffrage zu erreichen. § 363 I StPO stellt jedoch nicht ausnahmslos dieses dogmatisch eindeutige (und etwa die klarstellende Bestimmung des § 362 II StPO überflüssig machende) Erfordernis auf. Es hat dies seinen Grund in der ausdrücklichen Vorschrift des § 263 III StPO, wonach die "Schuldfrage" nicht die Voraussetzungen des Rückfalls umfaßt <sup>41)</sup>, deren Fehlen jedoch mit einem Wiederaufnahmeantrag geltend gemacht werden kann, ohne daß dem § 363 StPO entgegenstünde <sup>42)</sup>. In Anlehnung an § 263 III StPO rechnet weiterhin seit jeher die höchstrichterliche Rechtsprechung <sup>43)</sup> in Gegensatz zu der im Schrifttum herrschenden Meinung <sup>44)</sup> die Anwendbarkeit des § 20a StGB - die in Zweifel zu ziehen § 363 StPO ebenfalls zuläßt <sup>45)</sup> - nicht zur Schuld- sondern zur Straffrage.

Ist sonach nicht in jedem Fall ein Wiederaufnahmeantrag unzulässig, der nur eine Änderung der rechtskräftigen Entscheidung in der Straffrage anstrebt, so reicht umgekehrt der bloße Angriff auf den Schuldausspruch des Urteils nie für die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrages aus. Das führt insbesondere zur Beurteilung aller Anträge als unzulässig, die es sich zum Ziel setzen, nach rechtskräftiger Verurteilung wegen mehrerer zueinander in Tateinheit stehender Straftaten aus dem Schuldspruch ein Strafgesetz zu eliminieren, dem nach Maßgabe des in § 73 StGB enthaltenen Absorptionsprinzips die Strafe nicht entnommen worden war <sup>46)</sup>. Erst recht entfällt wegen § 363 StPO bei der sogenannten Gesetzeskonkurrenz die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrags, der sich gegen die Verurteilung wegen der rechtlich in dem abgeurteilten Delikt aufgehende Handlung richtet <sup>47)</sup>. Schließlich steht diese Bestimmung der Änderung eines rechtskräftigen Urteils im Kostenausspruch entgegen.

---

41) Gegen diese Einordnung der Rückfallsfrage zurecht PETERS S. 380.

42) LÖWE-R. § 363 Anm. 3; KM § 363 Anm. 1; a. A. OLG Naumburg JW 1933, 488 mit abl. Anm. von NEUMANN.

43) BGH bei DALLINGER in MDR 1952, 532 wie schon RGSt 68, 385 (388).

44) Eb. SCHMIDT § 263 Erl. 6; PETERS S. 380; DREHER GA 1953, 136.

45) KM § 363 Anm. 1.

46) RG JW 1930, 3422.

47) RG a. a. O.; NEUMANN S. 77.

## 2. ABSCHNITT

### Wesen und Besonderheiten des in § 79 I BVerfGG geschaffenen Wiederaufnahmegrundes

#### I. DURCHBRECHUNG DER RECHTSKRAFT ZWECKS BESEITIGUNG UNERTRÄGLICHER RECHTSFEHLER

##### 1. Frühere Bestrebungen um Möglichkeiten der Rechtskraftdurchbrechung zwecks Beseitigung von Rechtsfehlern

Das durch die oben S. 10 ff geschilderte Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts im deutschen Strafverfahren bedingte Fehlen jeder Möglichkeit, abgesehen von den praktisch nahezu bedeutungslosen Fällen der §§ 359 Nr. 3 und 362 Nr. 3 StPO einmal rechtskräftig gewordene Fehlurteile beseitigen zu können, deren Mangelhaftigkeit ihre Wurzel nicht in unzutreffenden Beweisgrundlagen, sondern in einer fehlerhaften rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Feststellungen hat, ist seit Schaffung der StPO immer wieder als bedauerliche Lücke unseres Verfahrensrechts beklagt worden<sup>48)</sup>. Dem Bedürfnis nach einer Durchbrechung der Rechtskraft im Hinblick auf grobe Rechtsfehler wurde jedoch erst vom Gesetzgeber des Dritten Reiches Rechnung getragen. Nachdem die amtliche Strafprozeßrechtskommission von 1938 in ihrem Bericht<sup>49)</sup> neben den Wiederaufnahmegründen überkommener Art als neuen Wiederaufnahmegrund auch einen besonders einschneidenden Rechtsfehler, nämlich die Verhängung einer nach dem Gesetz unzulässigen Strafe, anerkannt hatte, wurde durch Art. V §§ 34 - 37 der "VO über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften" vom 21. Februar 1940<sup>50)</sup> ein außerordentliches Rechtsmittel zur Beseitigung rechtsfehlerhafter Entscheidungen, die sogenannte Nichtigkeitsbeschwerde des Oberreichsanwalts, eingefügt. Mit einigen Abweichungen der in den §§ 33 und 292 der österreichischen StPO von 1873 geregelten, ursprünglich für die Erhaltung der Rechtseinheit geschaffenen, durch die Praxis des österreichischen Obersten Gerichtshofs im Laufe der Zeit jedoch zu einem Instrument im Dienste der Einzelfallgerechtigkeit gewordenen<sup>51)</sup> "Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung

---

48) ALSBERG S. 49; KERN (2. Auflage) S. 188 und HENKEL S. 451.

49) Das kommende deutsche Strafverfahren, S. 436 (DOERNER).

50) RGBl. I S. 405.

51) ESTL GerS 112, 231 f.

des Gesetzes" nachgebildet, gestattete sie es, binnen einem Jahr nach Eintritt der Rechtskraft gegen Urteile, Strafbefehle und rechtskraftfähige Beschlüsse der Amtsgerichte, einer Strafkammer oder eines Sondergerichts, die infolge falscher Anwendung materiellen Strafrechts "ungerecht" erschienen, zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten vorzugehen <sup>52)</sup>.

Daneben war bereits durch Art. 2 §§ 3 - 7 des ersten Abschnitts des "Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtsstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs" vom 16. September 1939 <sup>53)</sup> der Rechtsbehelf des - ebenfalls auf ein Jahr befristeten - "außerordentlichen Einspruchs" gegenüber Urteilen jeden Gerichts geschaffen worden. Er sollte zwar nicht wie ursprünglich die Nichtigkeitsbeschwerde ausschließlich der Beseitigung ungerechter Urteile infolge von Rechtsfehlern dienen, konnte aber seitens des Oberreichsanwalts beim Reichsgericht bzw. beim Volksgerichtshof auch unter dem Gesichtspunkt eingelegt werden, daß die rechtlichen Ausführungen eines Urteils schwerwiegende Bedenken gegen seine Richtigkeit hervorriefen <sup>54)</sup>. Wiewohl im Zuge der umfangreichen Kriegsgesetzgebung geschaffen, war die Einführung beider Rechtsbehelfe als dauernde und bleibende Regelung gedacht <sup>55)</sup>.

Nach dem Zusammenbruch 1945 wurden diese die Rechtssicherheit in unerträglichem Ausmaß in den Hintergrund drängenden und unleugbar in zahllosen Fällen von den Machthabern des nationalsozialistischen Regimes zur Erreichung unmenschlich und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar harter Entscheidungen mißbrauchten Institute <sup>56)</sup> durch die Kontrollratsgesetzgebung aus dem deutschen Strafprozeß entfernt. Eine entsprechende rechtsstaatsgemäße allgemeine Neuregelung ist in der Bundesrepublik verständlicher Bedenken gegen jedwede Gefährdung der Rechtssicherheit wegen bisher nicht erfolgt. Im Gegensatz hierzu schufen in Mitteldeutschland die §§ 12 ff des "Gesetzes über die Errichtung des Obersten Gerichtshofs und der Obersten Staatsanwaltschaft der DDR" vom 5. Dezember 1949 wieder eine binnen eines Jahres nach Rechtskraft zu erhebende Nichtigkeitsbeschwerde, mit deren Hilfe der Generalstaatsanwalt beim Obersten Gerichtshof Aufhebung eines rechtskräftigen Strafurteils auch wegen einer Gesetzesverletzung verlangen kann.

52) Über die spätere Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Nichtigkeitsbeschwerde auf die meisten Berufungsgründe Graf von GLEISPACH Grundriß S. 202 f.

53) RGBI. I S. 1841.

54) Graf von GLEISPACH Kriegsstrafrecht II S. 41; TÖWE GerS 114, 241; SCHOETENSACK GerS 114, 262.

55) von HIPPEL S. 710.

56) Vgl. STAFF S. 225 ff und das dort angeführte Aktenbeispiel.

## 2. Die Entstehungsgeschichte des § 79 I BVerfGG

Anlaß, den Gedanken der Rechtskraftdurchbrechung wegen Fehlerhaftigkeit von Entscheidungen aus rein rechtlichen Gründen wieder aufzugreifen und hier in Ergänzung des Wiederaufnahmerechts der StPO in beschränktem und rechtsstaatlich auf jeden Fall unbedenklichem Umfang einen Weg zu eröffnen, bot sich für den Gesetzgeber der Bundesrepublik bei der Diskussion der Frage, welche Rechtsfolgen die Nichtigerklärung verfassungswidriger Normen für rechtskräftige Strafurteile haben sollte, die sich auf derartige Bestimmungen gründen. Die Regierungsvorlage<sup>57</sup> zum BVerfGG, das hier ebenso wie für alle Arten auf nichtigerklärten Normen beruhender Hoheitsakte eine Lösung schaffen mußte, wollte es bei ihrer Unantastbarkeit nach allgemeinen Regeln der Rechtskraft belassen und damit den Rechtszustand der Weimarer Zeit<sup>58</sup> fortführen. Sie wies dementsprechend keine dem heutigen § 79 BVerfGG entsprechende Vorschrift auf. Der von der SPD vorgelegte Entwurf<sup>59</sup> wich im grundsätzlichen hiervon nicht ab; Sein § 43 II räumte dem BVerfG nur die in sein pflichtgemäßes Ermessen gestellte Befugnis ein zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener Verfahren zulässig sein sollte. Auch der Bundesrat hatte keinen Vorschlag gemacht.

Im Verlauf der Beratungen des Rechtsausschusses über das BVerfGG setzte sich unter den Beteiligten jedoch allmählich die Vorstellung durch, daß die Nichtigerklärung einer Norm nicht völlig ohne Einfluß auf die auf ihr beruhenden Hoheitsakte bleiben dürfe. Vereinzelt Anregungen, bei allen Arten von Hoheitsakten eine Restitution zuzulassen<sup>60</sup>, wurden zwar unter Hinweis darauf verworfen, daß bei den meisten unter ihnen die Rechtssicherheit und der Rechtsfriede unbedingt ihre Aufrechterhaltung erfordere, wollte man nicht unübersehbare Fernwirkungen auf Dritte in Kauf nehmen<sup>61</sup>, und durch den weniger folgenschweren Vorschlag ersetzt, derartigen Entscheidungen für die Zukunft "Wirkungen zu nehmen, die denjenigen, der daraus eine Rechtspflicht herleiten müsse, zu Unrecht belaste" <sup>62</sup>. Übereinstimmende Zustimmung fanden aber alsbald die Ausschußmitglieder, die - wie WAHL und GEIGER<sup>63</sup> - bei Strafurteilen entsprechend den Forderungen des "elementaren Rechtsgefühls" <sup>64</sup> die Möglichkeit einer Wieder-

---

57) BT-Prot. -Anlagen, Drucksache Nr. 788.

58) Siehe oben S. 1.

59) BT-Prot. -Anlagen, Drucksache Nr. 328.

60) ETZEL RA-DS 94 VI S. 44; ARNDT RA-DS 94 VI S. 48.

61) GEIGER RA-DS 94 VI S. 48.

62) GEIGER a. a. O.

63) RA-DS 94 VI S. 43.

64) GEIGER § 79 Anm. 2.

aufnahme des Verfahrens vorschlugen<sup>65)</sup>, nicht zuletzt deshalb, weil sich die Folgen der Bevorzugung der materiellen Gerechtigkeit auf Kosten der Rechtssicherheit hier auf die Person des Angeklagten beschränken und folglich überschaubar bleiben<sup>66)</sup>.

Als Grundsatz hält deshalb der Gesetz gewordene § 79 BVerfGG in Abs. 2 die Unangreifbarkeit von Entscheidungen fest, die auf für nichtig erklärten Normen beruhen, und schwächt nur ihre Wirkungen für die Zukunft ab. Sein Abs. 1 hebt jedoch aus ihnen die Gruppe der Strafurteile dergestalt heraus, daß sie ungeachtet bereits eingetretener Rechtskraft mit Hilfe eines Wiederaufnahmeverfahrens in ihrem Bestand angegriffen werden können.

### 3. Der Grund für die Sonderbehandlung der Strafurteile im Rahmen des § 79 BVerfGG

Sucht man nach einer inneren Rechtfertigung dafür, daß in § 79 I BVerfGG den Strafurteilen eine besondere Rolle eingeräumt ist, so darf man sich nicht mit der für die an der Gesetzgebung Beteiligten aus praktischen Erwägungen freilich bedeutsamen Feststellungen begnügen, das Antasten der Rechtskraft könne hier keine unüberschaubaren, möglicherweise Nicht-Verfahrensbeteiligte betreffende Weiterungen mit sich bringen, oder sich auf das "elementare Rechtsgefühl" zurückziehen<sup>67)</sup>. § 79 I BVerfGG ist die sinnvolle Folge davon, daß den Strafurteilen überhaupt eine Sonderstellung im Kreis der vielfältigen Arten hoheitlicher Akte des Staates zukommt, weil jeder strafgerichtlichen Verurteilung der je nach Art des vorliegenden Delikts mehr oder minder starke persönliche Vorwurf eines für die Rechtsgemeinschaft wegen seiner sozialetischen Verwerflichkeit unerträglichen Verhaltens des Angeklagten innewohnt<sup>68)</sup>. Dieser Tadel beeinträchtigt Persönlichkeit, Würde und Ansehen des Verurteilten in ungleich höherem Maße als es irgendein hoheitlicher Akt anderer Art zu tun vermag.

Diese Eigenschaften ließen es nun nicht nur aus der Sicht des Betroffenen unerträglich und zum allgemeinen Rechtsempfinden in Widerspruch stehend erscheinen, am Fortbestehen solcher strafgerichtlicher Verurteilungen festzuhalten, die auf eine Norm gestützt sind, welche mit der Verfassung nicht vereinbar und deshalb für nichtig erklärt worden ist. Sie bedingen zugleich, daß die in jedem auf eine

---

65) GEIGER RA-DS VI S. 48.

66) GEIGER RA-DS VI S. 58.

67) Siehe oben Fußn. 66 und 68.

68) Vgl. etwa WELZEL S. 15.

verfassungswidrige Vorschrift gestützten Hoheitsakt liegende Verfassungsverletzung<sup>69)</sup> bei verurteilenden strafrichterlichen Erkenntnissen am augenfälligsten wirkt und dem Ansehen des Staates am meisten abträglich ist, so daß die Möglichkeit ihrer Beseitigung trotz bereits eingetretener Rechtskraft auch vom öffentlichen Interesse gefordert wird<sup>70)</sup>.

#### 4. Die Rechtsfehlerhaftigkeit der auf nichtigerklärten Normen beruhenden Entscheidungen

Es besteht an dieser Stelle noch Veranlassung darzulegen, warum Strafurteile, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, - wie oben S. 14 angedeutet - als Fehlurteile aus rechtlichen Gründen anzusehen sind. Letztgenannter Umstand hat zur Folge, daß dem in § 79 I BVerfGG neu geschaffenen Wiederaufnahmegrund bereits unter diesem Gesichtspunkt eine Sonderstellung im System der strafprozessualen Wiederaufnahme zukommt und daß er nicht etwa als Wiederaufnahmegrund *ex capite novorum* verstanden werden darf, bei dem die Nichtigerklärung das entscheidende "novum" ist und der den in § 359 Nr. 5 und § 362 Nr. 4 StPO genannten Gründen zur Seite gestellt werden könnte.

Es ist hier hervorzuheben, daß der Charakterisierung des § 79 I BVerfGG als Wiederaufnahmegrund zur Beseitigung von Rechtsfehlern Gültigkeit zukommt ohne Rücksicht darauf, welche Rechtsfolgen man der Verfassungswidrigkeit einer Norm beimißt und welche Rechtsnatur der Nichtigerklärung<sup>71)</sup> durch das BVerfG man hieraus ableitet. Es spielt keine Rolle, ob man der h. M.<sup>72)</sup> folgt, die Verfassungswidrigkeit mit *ipso iure*-Nichtigkeit identifiziert und in der Nichtigerklärung einen Ausspruch deklaratorischen Charakters erblickt oder ob man mit der Minderheit im Schrifttum<sup>73)</sup> aus der Verfassungswidrigkeit einer Norm nur ihre Ver-

69) OLG Bamberg NJW 1962, 2168.

70) BGHSt 18, 339 (343 f). Damit soll und kann freilich noch nichts darüber ausgesagt werden, ob der sich auf § 79 I BVerfGG berufende Wiederaufnahmewerber im strafprozessualen Sinn "beschwert" sein muß oder nicht; hierzu siehe unten S. 40 f.

71) Der Begriff der Verfassungswidrigkeit ist hier weit zu fassen, ergreift also nicht nur die Fälle der Unvereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit einer Vorschrift des GG bzw. einer Landesverfassung, sondern auch die einer Kollision von Landesrecht mit Bundesrecht.

72) MAUNZ S. 248; MAUNZ-DÜRIG Art. 31 Erl. 7 und 18; ARNDT NJW 1957, 363; DÖV 1959, 81; BB 1959, 534 sowie NJW 1959, 864 u. 2145 und viele andere.

73) GEIGER § 78 Anm. 4; GÖTZ NJW 1960, 1177; HOFFMANN JZ 1962, 198.

nichtbarkeit folgt und die Nichtigerklärung dann konsequenterweise als konstitutiven Akt auffaßt <sup>74)</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang ist nämlich allein entscheidend, daß einem Strafurteil eine verfassungswidrige Norm zugrunde gelegt und mithin angewandt wurde. Nach Auffassung unserer Verfassungsgerichtsbarkeit spricht zwar eine äußere Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem GG vereinbar ist <sup>75)</sup>. Entsprechendes läßt sich unbedenklich auch für das Verhältnis Landesrecht - Bundesrecht sagen. Das ändert jedoch nichts daran, daß allen Gerichten eine umfassende Nachprüfungspflicht hinsichtlich der von ihnen heranzuziehenden Rechtsvorschrift obliegt <sup>76)</sup>, wie sich abgesehen von allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen aus Art. 100 GG ergibt, der es dem Richter untersagt, ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz zu befolgen <sup>77)</sup>. Erläßt sonach ein Strafrichter ein Urteil, das auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, anstatt nach Maßgabe des Art. 100 GG eine verfassungsgerichtliche Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der für ihn maßgeblichen Vorschrift einzuholen bzw. von seiner Verwerfungskompetenz Gebrauch zu machen <sup>78)</sup>, so ist er entweder seiner Prüfungspflicht überhaupt nicht nachgekommen oder ist nicht zum richtigen Ergebnis gekommen. Seine rechtliche Würdigung des ihm zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalts war damit fehlerhaft.

---

74) Das Gesagte gilt nur hinsichtlich der praktisch weit bedeutsameren ursprünglichen Verfassungswidrigkeit. Ist eine Norm erst nachträglich in Widerspruch zu einer höherrangigen Vorschrift getreten, so ist sie auch nach Auffassung der in Fußn. 75 genannten Autoren vom Zeitpunkt der Kollision ab unter dem Gesichtspunkt "lex posterior derogat legi priori" nichtig.

75) BVerfGE 2, 266 (282) und 9, 338 (350).

76) MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Fußn. 1 zu S. 25; HAMANN Art. 93 Anm. A2 und Art. 100 Anm. A1; ARNDT BB 1959, 534; GÖTZ NJW 1960, 1178; HOFFMANN JZ 1961, 198.

77) MAUNZ-DÜRIG a. a. O.; ARNDT a. a. O.

78) Zur Abgrenzung der Prüfungszuständigkeiten von Prozeßgericht und Verfassungsgericht BVerfGE 10, 124 (126).

## II. AUFRECHTERHALTUNG ODER UNVERBINDLICHKEIT DER TATSÄCHLICHEN FESTSTELLUNGEN DES ANGEGRIFFENEN URTEILS

### 1. Die Vereinbarkeit der Aufrechterhaltung tatsächlicher Feststellungen mit einer Wiederaufnahme des Verfahrens

Die Charakterisierung des Wiederaufnahmegrundes in § 79 I BVerfGG als eines außerordentlichen Rechtsbehelfs zum Zweck der Beseitigung rechtskräftiger Entscheidungen, die wegen ihrer Rechtsfehlerhaftigkeit als Fehlurteile anzusprechen sind, und der damit als eine Art "Superrevision" bezeichnet werden kann<sup>79)</sup>, legt es nahe, ein weiteres Merkmal dieses Wiederaufnahmegrundes in seinem - verglichen mit der Rechtslage bei den Wiederaufnahmegründen der StPO - besonderen Verhältnis zu den tatsächlichen Feststellungen der angegriffenen Entscheidungen zu sehen. Gilt bei erfolgreicher Geltendmachung von § 79 I BVerfGG entsprechend der im Revisionsrecht für den Fall der Zurückverweisung geltenden Regel des § 353 II StPO, daß die tatsächlichen Feststellungen für das wieder aufzunehmende Verfahren nur insoweit hinfällig werden, als sie von der Gesetzesverletzung betroffen werden, die in der Anwendung der für nichtig erklärten Norm liegt?

Einwände gegenüber dieser Lösung könnten sich nur ergeben, wenn jeder Wiederaufnahme des Verfahrens - und mit diesem Rechtsbehelf wollte der Gesetzgeber nun einmal den Betroffenen die Möglichkeit einräumen, auf einer für nichtig erklärten Norm beruhende Erkenntnisse zu beseitigen - notwendigerweise die uneingeschränkte Neuerörterung der Sache in tatsächlicher Hinsicht wesenseigen wäre. Die bekannten Erläuterungsbücher zur StPO sind in der Tat im Anschluß an eine ständige Rechtsprechung des RG<sup>80)</sup> dieser Ansicht. Sie sprechen bei einer Erneuerung des Hauptverfahrens vor einer Tatsacheninstanz davon, es handle sich dann um eine "in jeder Beziehung neue und selbständige Verhandlung", bei der "das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweise ohne Einschränkung statthaft" sei<sup>81)</sup>.

Ein derartiger, keine Ausnahmen zulassender Grundsatz kann indes für unser Wiederaufnahmerecht nicht anerkannt werden. Die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung läßt deshalb auch bei der Geltendmachung der in der StPO genannten Wiederaufnahmegründe keineswegs immer eine Neuerörterung aller dem angegriffenen rechtskräftigen Urteil zugrunde gelegten Feststellungen tatsächlicher

79) Vgl. OLG Hamm NJW 1962, 68; KRÜGER HambJVB1 1962, 49.

80) Vor allem RGSt 30, 421 und 57, 317.

81) LÖWE-R. § 373 Anm. 1a; in der Sache ebenso KM § 373 Anm. 2; ERBS § 373 Anm. I und Eb. SCHMIDT § 373 Erl. 2.

Art zu. Unter Hinweis auf die in §§ 318, 327, 344 I, 352 I StPO vorgesehenen Möglichkeiten der Rechtsmittelbeschränkung auf bestimmte Beschwerdepunkte gestattet sie dies vielmehr nur insoweit, als die Richtigkeit der Feststellungen von dem vorgebrachten Wiederaufnahmegrund in Frage gestellt wird<sup>82)</sup>. Ihre Grenze findet diese Einschränkung wiederum daran, daß es sich bei den betroffenen Urteilen um solche handeln muß, die vom übrigen Entscheidungsinhalt abgetrennt werden können.

Die Zulässigkeit einer solchen Teilwiederaufnahme rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß bei einer unbeschränkten Wiederaufnahme in derartigen Fällen dem Wiederaufnahmewerber eine Handhabe auch gegen diejenigen Feststellungen geboten würde, die von dem geltend gemachten Wiederaufnahmegrund nicht berührt werden, daß ihm also mit ihr zu einer aus der Sache nicht zu begründenden Ausweitung seiner Wiederaufnahmemöglichkeiten verholfen würde. Es wäre dies ein unhaltbares und systemwidriges Ergebnis, wenn man bedenkt, daß die Wiederaufnahme als Mittel zur Durchbrechung der grundsätzlich zu respektierenden Rechtskraft im Verhältnis zu den ordentlichen Rechtsmitteln nur in enger gezogenen Grenzen möglich sein soll. Hinzu kommt, daß die Aufrechterhaltung der durch den Wiederaufnahmegrund nicht betroffenen Entscheidungsgrundlagen auch prozeßökonomisch ist und mit wachsendem Zeitablauf sich ständig vergrößernde Beweisschwierigkeiten vermeidet.

## 2. Die Aufrechterhaltung tatsächlicher Feststellungen bei einer Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG

Dem Gedanken einer Teilbarkeit des Wiederaufnahmeverfahrens bei § 79 I BVerfGG stehen also keine Bedenken entgegen. Unter Berücksichtigung der dem Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zukommenden Aufgabe, die Korrektur eines Fehlers in der Rechtsanwendung zu ermöglichen, ist er für diesen Wiederaufnahmegrund dahin fortzuführen, daß sich ein seinerwegen erneuertes Verfahren auf einen Teil der bei einem Angriff auf die Beweisgrundlagen anteilbaren Schuldfrage beschränken kann. Es muß und darf unter Aufrechterhaltung der tatsächlichen Fest-

---

82) So ist in BGHSt 11, 361 nach vorangegangener rechtskräftiger Verurteilung aus § 244 StGB entschieden worden, die Wiederaufnahme des Verfahrens sei auf die Frage der Verurteilung als Rückfallsdieb zu beschränken, falls der Verurteilte mit dem Wiederaufnahmeantrag nur geltend mache, die rückfallsbegründenden Verurteilungen seien inzwischen weggefallen; die tatsächlichen Feststellungen zum Schuldausspruch müßten dann hingegen unangetastet bleiben.

stellungen nur deren rechtliche Beurteilung erfassen, sofern nicht als Folge der Anwendung der ausgeschalteten Norm diese tatsächlichen Feststellungen selbst in Frage gestellt werden. Abzulehnen ist deshalb die Auffassung von STACKELBERGS<sup>83)</sup>, ein auf § 79 I BVerfGG gestützter und für begründet erklärter Antrag lasse die Bindung des Wiederaufnahmegerichts an alle tatsächlichen Feststellungen des früheren Urteils wegfallen. Andererseits gehen freilich auch die überwiegende Rechtsprechung<sup>84)</sup> und die Vertreter der im Schrifttum vorherrschenden Ansicht<sup>85)</sup> zu weit, wenn sie zu dem Ergebnis gelangen, mit der Geltendmachung von § 79 I BVerfGG würden die tatsächlichen Feststellungen des angegriffenen Urteils nie in Zweifel gezogen, da ein derartiger Antrag nie an den Entscheidungsgrundlagen tatsächlicher Art rühre. Eine solche einschränkungslose Verallgemeinerung wird nicht allen denkbaren Fallgestaltungen gerecht. Es gilt dies unabhängig davon, ob man § 79 I BVerfGG nur nach Nichtigerklärung von Normen des materiellen Rechts für einschlägig hält oder ob man unter Norm im Sinne von § 79 I BVerfGG sowohl materiellrechtliche als auch formellrechtliche Vorschriften versteht<sup>86)</sup>. Bei beiden dieser zu § 79 I BVerfGG vertretenen Auslegungen des Begriffs "Norm" sind Einflüsse des unterlaufenen Rechtsfehlers auf die tatsächlichen Feststellungen nicht auszuschließen; Daß sie von einem Rechtsfehler betroffen sein können, wenn es sich um einen dem Verfahren als solchen anhaftenden dreht, nämlich dann, wenn sie gerade auf diesem beruhen, ist eine Selbstverständlichkeit und seit jeher von der Rechtsprechung als solche behandelt worden<sup>87)</sup>. Aber auch wenn man § 79 I BVerfGG nur bei Beruhen einer Entscheidung auf einer nichtig erklärten sachlichrechtlichen Vorschrift für anwendbar erachtet, gibt es Fälle, in denen die tatsächlichen Feststellungen von dem in der Anwendung der verfassungswidrigen Norm zu sehenden Rechtsfehler betroffen werden. Das Gericht hat nur diejenigen tatsächlichen Feststellungen zu treffen, die es für entscheidungserheblich hält. Der Umfang der Beweisaufnahme wird damit maßgeblich von seiner Vorstellung darüber bestimmt, welche Straftatbestände nach den bereits vor der Hauptverhandlung durchgeführten Ermittlungen möglicherweise erfüllt sind. Wird nun die Anwendbarkeit einer in Wahrheit verfassungswidrigen und deswegen richtigerweise außer Betracht zu lassenden materiellrechtlichen Norm bei dieser vorweggenommenen Subsumption vorausgesetzt, mithin der für die Tatsachenfeststellung maßgebliche Ausgangspunkt falsch gewählt, so kann dies zur Folge

---

83) NJW 1963, 701.

84) OLG Hamm NJW 1962, 68 und 2266.

85) LÖWE-R. Vorb. 3d vor § 359; KRÜGER HambJVBl 1962, 49; CREIFELDS JR 1962, 363; BERTRAM MDR 1962, 536.

86) Hierzu im einzelnen unten S. 109 ff.

87) So schon RGSt 2, 289 (290 f); vgl. zuletzt BGHSt 14, 30 (34).

haben, daß der für ein späteres Wiederaufnahmeverfahren erhebliche Sachverhalt unvollständig ermittelt wird, nämlich mit Bezug auf solche Gesichtspunkte, die zwar nicht unter dem (unzutreffenden) Blickwinkel der Anwendbarkeit der verfassungswidrigen Norm, wohl aber bei Berücksichtigung ihrer Unanwendbarkeit erheblich sind <sup>88)</sup>.

Als Ergebnis ist sonach festzuhalten, daß der Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG die dem mit ihm angefochtenen Urteil zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zwar nicht berühren muß, aber doch immerhin ihre Richtigkeit in Frage stellen kann. Der Umfang dieser Möglichkeit einer Einwirkung hängt dabei von der Fassung des Normbegriffs für § 79 I BVerfGG ab. Ordnet man ihm nur materiellrechtliche Vorschriften unter, so läßt § 79 I BVerfGG die tatsächlichen Feststellungen regelmäßig unberührt <sup>89)</sup>, so daß sie bindend bleiben. Ihre Unverbindlichkeit für das neue Verfahren beschränkt sich dann auf die Ausnahmesituation, daß der Wiederaufnahmewerber dartun kann, die Feststellungen seien infolge der Anwendung der verfassungswidrigen Norm nicht vollständig und richtig getroffen worden. Versteht man unter Norm in § 79 I BVerfGG auch Vorschriften des Verfahrensrechts, so entfällt abgesehen von diesen seltenen Fällen eine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils schon immer, wenn die Wiederaufnahme gerade wegen seines Beruhens auf einer für nichtig erklärten Norm des formellen Rechts erfolgt <sup>90)</sup>.

### III. DIE RICHTUNG DER WIEDERAUFNAHME NACH § 79 I BVerfGG

Eine der zahlreichen, durch den knappen Wortlaut des § 79 I BVerfGG hervorgerufenen Streitfragen ist, ob diese Vorschrift nur einen Wiederaufnahmegrund zugunsten des Angeklagten enthält <sup>91)</sup> oder ob sie daneben auch eine Rechtskraftdurchbrechung zu seinen Ungunsten erlaubt <sup>92)</sup>. An den Anfang ihrer Erörterung ist die im Schrifttum bisher völlig vernachlässigte Untersuchung der denkbaren

---

88) BGH a. a. O. Das übersieht KNESER AöR 89, 169.

89) So zutreffenderweise einschränkend BGHSt 18, 339 (345 ff).

90) KNESER AöR 89, 169.

91) LG Aachen NJW 1962, 1973; RÖHL NJW 1960, 179; SCHMIDT-LEICHNER NJW 1962, 1371; MAURER JZ 1963, 667; BAHLMANN MDR 1963, 543 und KNESER AöR 89, 160.

92) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; OLG Oldenburg NJW 1963, 457; Eb. SCHMIDT Vorb. 9 vor § 359; LÖWE-R. Vorb. 3d vor § 359; KM § 362 Anm. 1; REIFF NJW 1960, 1559; BERTRAM MDR 1962, 535; vgl. auch CREIFELDS JR 1962, 362.

Fälle von Wiederaufnahmeverfahren zuungunsten des Angeklagten zu stellen, die auf § 79 I BVerfGG gestützt werden können. Sie gibt nicht nur Aufschluß über die Bedeutung des vorliegenden Problems, sondern schafft auch bereits mit die Grundlagen zu seiner Lösung <sup>93)</sup>.

# 1. Die denkbaren Fälle von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten

## a) Wiederaufnahme nach Nichtigerklärung gesetzlicher Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Die Strafbarkeit einer Person wegen eines Verbrechens setzt voraus, daß sie der Urheber einer rechtswidrigen, strafatbestandsmäßigen Handlung oder Unterlassung ist, dem diese zugerechnet werden kann <sup>94)</sup>. Ihr Verhalten muß also zunächst in objektiver Hinsicht tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein. Da die einzelnen Tatbestände ihrerseits vom Gesetzgeber auf die Weise gewonnen werden, daß er aus der unüberschaubaren Zahl sozial unwertiger Handlungen gewisse Verhaltensweisen herausgreift und diese Unrechtsvorgänge typisiert, läßt die Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes in den meisten Fällen <sup>95)</sup> bereits das Unrecht des in ihm umschriebenen Verhaltens vermuten; sie "indiziert" dessen Rechtswidrigkeit <sup>96)</sup>. Die Folge dieser Indizwirkung ist es, daß es zur Bejahung des Unwertsurteils über ein bestimmtes tatbestandsmäßiges Verhalten in aller Regel keiner positiven Begründung der Rechtswidrigkeit bedarf, sondern daß sich die Aufgabe des Strafrichters umgekehrt darauf beschränkt zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht ausnahmsweise entfällt, weil ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt. Darunter sind Erlaubnissätze zu verstehen, die die den Straftatbeständen zugrunde liegenden Gebots- und Verbotssätze entkräften. Ihre Quellen finden sich als Folge der Einheit der Rechtsordnung im gesamten gesetzten und ungesetzten Recht <sup>97)</sup>.

So wie ein gesetzlicher Straftatbestand kann auch eine Bestimmung verfassungswidrig sein und für nichtig erklärt werden, die einen Erlaubnissatz enthält und deren Anwendung zur Freisprechung des Angeklagten führt. Es kann sich dies einmal

---

93) KÜHN DStZ(A) 1958, 271.

94) Vgl. statt aller MAURACH AT S. 124.

95) Ausgenommen sind hiervon nur die sog. offenen Tatbestände; dazu etwa MAURACH AT S. 246.

96) Vgl. statt aller MAURACH AT S. 130 und 244 f.

97) MAURACH AT S. 255.

daraus ergeben, daß ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund nach seinem Inhalt oder seinem Zustandekommen mit einer Verfassungsvorschrift unvereinbar ist. Vor allem darf aber nicht übersehen werden, daß auf Grund der vom GG vorgenommenen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf Bund und Länder die letzteren im Rahmen der ihnen zugewiesenen Sachgebiete Rechtfertigungsgründe mit Wirkung gegenüber bundesgesetzlichen Strafvorschriften schaffen können<sup>98)</sup>. In der Praxis zeigt sich dies am deutlichsten in Rechtfertigungsgründen zugunsten der Funktionsfähigkeit der Sicherheitsbehörden<sup>99)</sup>. So einfach sich aber die Frage beantworten läßt, ob landesrechtliche Rechtfertigungsgründe bundesrechtliche Strafbarkeit auszuschließen vermögen, so schwierig findet sich eine Antwort darauf, inwieweit diese grundsätzlich nicht zu leugnende Kompetenz im einzelnen reicht. Rechtsprechung und Literatur schweigen zu diesem Thema. Das aufgeworfene Problem zu lösen kann nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein. Sie muß sich mit der Feststellung begnügen, daß angesichts der umrissenen Situation die Existenz und Anwendung sich als nichtig erweisender Rechtfertigungsnormen im Bereich des Möglichen liegt<sup>100)</sup> und daß es durchaus auf ihrer Grundlage zu Urteilen in Strafsachen kommen kann, die ihrerwegen mangels Rechtswidrigkeit der Tat freisprechen.

Irgendwelche Bedeutung könnte hieran anknüpfenden Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG freilich nicht zukommen, und zwar gleichgültig, welchen Charakter man der Nichtigerklärung einer Norm beimißt. Teilt man die Ansicht, die Nichtigerklärung wirke konstitutiv und ex nunc<sup>101)</sup>, so ergibt sich aus dem in Art. 103 II GG verfassungsmäßig garantierten Grundsatz nullum crimen sine lege des § 2 I StGB die Unmöglichkeit eines von der Exstentscheidung abweichenden Ergebnisses des wiederaufgenommenen Verfahrens, da sich das Erfordernis gesetzlicher Bestimmung der Strafbarkeit im Zeitpunkt der Tat nicht im Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandes im engeren Sinne erschöpft, sondern unter Berücksichtigung des gesamten geltenden Rechts, also auch vormals geltender Rechtfertigungsgründe zu verstehen ist<sup>102)</sup>. Ein abweichendes Ergebnis im Wiederaufnahmeverfahren wäre auch im Hinblick darauf nicht haltbar, daß wegen

---

98) FRANK Vorb. III vor § 51 (S. 140 oben); MAURACH a. a. O.; BAUMANN S. 232.

99) Vgl. für Bayern vor allem Art. 17 f, 24, 31 ff und 41 ff PAG.

100) So hält MAURACH BT S. 153 den in § 3 III BayPrG geschaffenen Rechtfertigungsgrund gegenüber den §§ 185 ff StGB für verfassungsrechtlich bedenklich.

101) GÖTZ NJW 1960, 1177 und HOFFMANN JZ 1961, 198.

102) KG JR 1950, 404; JAGUSCH in LK § 2 Anm. II 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 3, 8 und 33.

§ 2 I StGB der Erstentscheidung bereits die die Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG auslösende Eigenschaft der Rechtsfehlerhaftigkeit fehlt.

Folgt man der h.M. <sup>103)</sup>, wonach die Nichtigerklärung als deklaratorischer Akt gesehen werden muß, also nur eine vom Eintritt der Normenkollision an bestehende Nichtigkeit feststellt, oder stellt man sich auf den Standpunkt GEIGERS <sup>104)</sup>, der das Wesen der Verfassungswidrigkeit in der Vernichtbarkeit mit ex-tunc-Wirkung sieht, so scheint § 2 I StGB nicht einschlägig, da die eine Bestrafung ausschließende verfassungswidrige Vorschrift zum Zeitpunkt der Tat nicht geltendes Recht war. Die Garantiefunktion, die der Grundsatz nullum crimen sine lege bekleidet, läßt es jedoch erforderlich erscheinen, die Bedeutung des § 2 I StGB nicht darauf zu beschränken, daß sich der Täter auf die zur Tatzeit bestehende objektiv geltende Rechtslage verlassen kann, sondern dahin auszudehnen, daß ihm auch Vorschriften zugute kommen müssen, die an sich keiner Entfaltung von Rechtswirkungen fähig sind, aber vom Gesetzgeber mit dem Anschein der Rechtswirksamkeit versehen worden waren und deshalb auch die Vermutung der Gültigkeit für sich haben <sup>105)</sup>.

Will man diesen Schritt nicht gehen und die Rechtsfolgen der Existenz nichtiger Rechtfertigungsgründe - etwa entsprechend denen eines Wechsels in der höchstrichterlichen Rechtsprechung <sup>106)</sup> - auf der Ebene des Unrechtsbewußtseins behandeln, so sind bei rechtsstaatlicher Gesetzgebung kaum Fälle denkbar, in denen sich ein Angeklagter nicht mit Erfolg darauf berufen könnte, seinerzeit im Vertrauen auf die Gültigkeit der betreffenden Norm einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen zu sein. Dies würde dann zur Verneinung seiner Schuld <sup>107)</sup> und damit wiederum sowohl zur Richtigkeit der Erstentscheidung als auch zur Zwangsläufigkeit eines Freispruchs im Erneuerungsverfahren führen.

Die ihn begünstigende Behandlung eines Angeklagten kann in gleicher Weise aus der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm entstehen, die von Gesetzes wegen seine Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Verhalten ausschließt. Für diese Fälle gilt das vorstehend über die Möglichkeit von Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG nach Nichtigerklärung rechtfertigender Normen Gesagte entsprechend: Einerseits müssen nämlich bei der Frage, ob die Strafbarkeit einer Tat zur Zeit ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war (§ 2 I StGB), auch Vor-

103) Siehe oben Fußn. 72.

104) § 78 Anm. 4.

105) Vgl. oben Fußn. 75.

106) Dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 10 und § 59 Rdn. 86.

107) BGHSt 2, 194 (201).

schriften über den Ausschluß der Zurechenbarkeit als strafrechtsrelevante Normen Berücksichtigung finden<sup>108)</sup>. Zum andern sind die Regeln des Verbotsirrtums bei irriger Annahme der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens analog anzuwenden<sup>109)</sup>.

#### b) Wiederaufnahme nach Nichtigerklärung privilegierender Vorschriften

Eine Bevorzugung des Täters als Folge der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm ist weiterhin auf der Ebene der strafrechtlichen Konkurrenzen vorstellbar. Es handelt sich hierbei um den Fall, daß ein und dasselbe Verhalten mehrere untereinander im Verhältnis der Spezialität stehende Straftatbestände erfüllt, der speziellere - und damit nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz vorgehende - Tatbestand eine Privilegierung des Täters enthält und verfassungswidrig ist. Als Grund dafür kommt neben der Unvereinbarkeit der Bestimmung mit einer Verfassungsnorm wiederum Unvereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht in Betracht, hier in Form der Überschreitung der dem Landesgesetzgeber auf dem Gebiet des Strafrechts als eines Bereichs der konkurrierenden Gesetzgebung<sup>110)</sup> nach Maßgabe des § 2 EGStGB belassenen Rechtsetzungskompetenz<sup>111)</sup>.

Einer unter diesem Gesichtspunkt nach Nichtigerklärung der verfassungswidrigen privilegierenden Vorschrift zuungunsten des Angeklagten betriebenen Wiederaufnahme darf gleichfalls keine Bedeutung zukommen. Schließt man sich der Ansicht vom konstitutiven Charakter der Nichtigerklärung und deren ex-nunc-Wirkung an, so könnte eine Wiederaufnahme des Verfahrens kein von der ursprünglichen Entscheidung abweichendes Ergebnis bringen. Diesmal geböte § 2 II 1 StGB, den Täter wie im - hierwegen ja richtig entschiedenen - Erstprozeß die verfassungswidrige Privilegierung zugute kommen zu lassen. Betrachtet man die Nichtigerklärung als deklaratorischen Akt oder legt man ihr konstitutive Wirkung ex tunc bei, so ergibt sich ein Verbot der Behandlung nach der nicht privilegierenden Vorschrift als Folge einer recht verstandenen Auslegung des § 2 II 1 StGB, die sich aus den schon bei der Frage richtiger Auslegung von § 2 I StGB aufgezeigten Gründen<sup>112)</sup> rechtfertigt.

Etwas anderes gälte allerdings, wenn man vom Standpunkt der h. M. zum Charakter der Nichtigerklärung aus eine Lösung nur auf der Ebene des Verbotsirrtums für

---

108) So ausdrücklich JAGUSCH in LK § 2 Anm. II 1.

109) Vgl. statt aller MAURACH AT S. 408.

110) Art. 74 Nr. 1 GG.

111) Zu ihren Grenzen im einzelnen MAURACH AT S. 73 f.

112) Oben S. 26.

möglich hielte. Das hat seinen Grund darin, daß sich das vom Täter zu verlangende Unrechtsbewußtsein in der Kenntnis bzw. im Kennenmüssen des Verbotenseins seines Verhaltens - allerdings unter dem Gesichtspunkt des von ihm verwirklichten Tatbestandes - erschöpft und nicht auch das Kennen bzw. Kennenmüssen der Strafbarkeit als solcher, geschweige denn nach einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, einschließt <sup>113)</sup>. Da dem privilegierenden und dem Grundtatbestand derselbe Normbefehl zugrunde liegt, ist der Täter ungeachtet der Tatbestandsbezogenheit des Unrechtsbewußtseins keinem Verbotsirrtum mit Bezug auf den nichtprivilegierten Tatbestand erlegen, der ihn insoweit entlasten könnte. Zur Bejahung eines Verbotsirrtums im Fall der Nichtigkeit einer privilegierenden Vorschrift bedürfte es demnach einer Aufweichung der bisherigen gefestigten Lehren vom Verbotsirrtum und von den Grenzen seiner Teilbarkeit, die nicht mehr vertretbar erscheint.

c) Wiederaufnahme zum Zweck der Ersetzung einer verfassungswidrigen durch eine inhaltsgleiche gültige Norm

Verschiedentlich findet sich auch die Auffassung, die nach Nichtigerklärung von Normen, hinter denen inhaltsgleiche gültige stehen, mit dem Ziel eines Norm austausches betriebene Wiederaufnahme sei eine zuungunsten des Angeklagten <sup>114)</sup>. Es wird dies damit begründet, daß die entsprechenden fehlerhaften Strafurteile wegen § 79 II 2 BVerfGG nicht vollstreckbar seien, es aber mit Ersetzung der verfassungswidrigen Norm durch eine gültige Vorschrift würden. Hierin liege eine dem Verurteilten nachteilige Folge, die ungeachtet der im Norm austausch liegenden Verwirklichung des Anspruchs jedes Angeklagten auf eine verfassungsmäßige Aburteilung die Wiederaufnahme als eine zuungunsten des Angeklagten erscheinen lasse.

Was den Ausgangspunkt dieser Argumentation angeht, so bedarf seine Richtigkeit keiner näheren Begründung, soweit es sich um die Vollstreckbarkeit des Urteils aus dem wiederaufgenommenen Verfahren handelt. Einzugehen ist jedoch auf die Frage der Nichtvollstreckbarkeit von Strafurteilen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, da sie vom BVerfG <sup>115)</sup>, einer Reihe anderer Gerichte <sup>116)</sup>

---

113) BGHSt 10, 35 (41) und LM Nr. 46 zu § 59 StGB; MAURACH AT S. 403.

114) OLG Hamm NJW 1962, 2073; von STACKELBERG NJW 1963, 700; BRAUNS DRiZ 1963, 353; ähnlich KNESER AöR 89, 160.

115) BVerfGE 15, 303 (308) und 15, 309 (311).

116) OLG Bremen NJW 1962, 2169 (2170); LG Mannheim NJW 1960, 929; a. A. OLG Oldenburg NJW 1963, 457; LG Aachen NJW 1962, 1973 und 1963, 169; LG Frankfurt NJW 1963, 601 sowie unv. Beschl. des OLG Stuttgart vom 12. 11. 1962 - 1 Ws 309/62.

und auch von einem Teil des Schrifttums <sup>117)</sup> verneint wird.

Das BVerfG <sup>118)</sup> und die Vertreter seiner Auffassung <sup>119)</sup> begründen die Zulässigkeit der Vollstreckung solcher fehlerhaften Strafurteile schlicht damit, daß sich das in § 79 II 2 BVerfGG ausgesprochene Vollstreckungsverbot seinem Wortlaut verbunden mit seiner Stellung im Gesetz zufolge nur auf die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen "im übrigen" des Abs. 2, nicht aber auch auf die in Abs. 1 behandelten Strafurteile beziehen könne. Für diese bestehe ausschließlich die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens.

Der Aufbau des § 79 BVerfGG rechtfertigt es jedoch nicht, Wiederaufnahmemöglichkeit und Vollstreckungsverbot im Verhältnis der Exklusivität zu sehen. Dieses allein am Auslegungskriterium des Bedeutungszusammenhangs orientierte Ergebnis steht einmal in Widerspruch mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Wie die Materialien <sup>120)</sup> zeigen, lautete die vom Rechtsausschuß beratene Fassung der Bestimmung, die § 79 BVerfGG in seiner gesetzgewordenen Form vorausging, dahingehend, daß jede "Vollstreckung aus einer gerichtlichen Entscheidung" unzulässig sei (Abs. 4). Das darin ausgesprochene Vollstreckungsverbot sollte also auch die damals noch in Abs. 2 genannten Strafurteile umfassen. Die Materialien ergeben ferner das Fehlen jeder Debatte nach Beschluß dieser Fassung im Ausschuß und vor der endgültigen Festlegung des Wortlauts der Vorschrift zur Frage des Vollstreckungsverbots bei Strafurteilen. § 79 II 2 BVerfGG muß deshalb als - systematisch allerdings nicht gerade glückliche und mißverständliche - rein redaktionelle Änderung des zunächst vorgesehenen Absatz 4 verstanden werden. Er kann nicht, wie KNESER meint <sup>121)</sup>, als Bestätigung für einen Wandel der im Rechtsausschuß vorhandenen Ansicht gewertet werden.

Vor allem läßt sich das Fehlen eines Vollstreckungsverbots für Strafurteile aber nicht mit dem in § 79 I BVerfGG zum Ausdruck kommenden Grundgedanken vereinbaren, daß der durch ein auf einer nichtigerklärten Norm beruhendes Strafurteil Belastete aus der Nichtigerklärung weitergehende Rechtsfolgen herleiten kön-

117) GEIGER § 79 Anm. 3; REIFF NJW 1960, 1559; KAISER NJW 1962, 1703; MAUNZ S. 248; KNESER AöR 89, 163 f; a. A. die wohl h. M., nämlich die in Fußn. 114 Genannten sowie RÖHL NJW 1960, 179; HOEGEN Die Justiz 1960, 30; UIBEL NJW 1963, 868; BAHLMANN MDR 1963, 542 f und MAURER JZ 1963, 668.

118) BVerfGE 15, 303 (308) und 15, 309 (311).

119) Vgl. Fußn. 116 und 117.

120) RA-DS 94 VI S. 72.

121) AöR 89, 163 unten.

nen solle als der von einem Hoheitsakt anderer Art Betroffene <sup>122)</sup>. Da Vollstreckungsverbot und Wiederaufnahmemöglichkeit in Wesen und Wirkung zu verschiedenen sind, als daß sich sagen ließe, die Besserstellung des Verurteilten werde durch die ihm eingeräumte Möglichkeit eines Angriffs auf den Bestand der Entscheidung anstatt durch das Vollstreckungsverbot bewirkt, wird man diesem Willen des Gesetzes nur gerecht, wenn man die Wiederaufnahmemöglichkeit als eine Rechtsfolge der Nichtigserklärung ansieht, die neben einem auch für Strafurteile bestehenden Vollstreckungsverbot gegeben ist <sup>123)</sup>. Angesichts dessen würde also die Vollstreckbarkeit von Strafurteilen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, zu einem Wertungswiderspruch führen, den es durch Betonung der ihn vermeidenden Auslegungskriterien zu umgehen gilt <sup>124)</sup>; und der hier auch durch eine historische und teleologische Interpretation umgangen werden kann <sup>125)</sup>.

Das Gesagte ist zugleich von Bedeutung für die Beurteilung des zur weiteren Begründung der Unanwendbarkeit von § 79 II 2 BVerfGG bei Strafurteilen benutzten Hinweises darauf, daß auch in den wichtigsten Fällen von Entscheidungen "im übrigen" selbst die Zwangsvollstreckung nicht automatisch mit der Nichtigserklärung unzulässig werde <sup>126)</sup>. Dies folge aus § 79 II 3 BVerfGG; Wenn dort dem Vollstreckungsschuldner in Fällen der nach der ZPO zu bewirkenden Zwangsvollstreckung der Weg eröffnet werde, gegen eine Vollstreckung aus einer auf einer nichtig erklärten Norm beruhenden Entscheidung Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO zu erheben, so werde damit die Zulässigkeit solcher Vollstreckungsmaßnahmen an sich vorausgesetzt.

Es ist schon zweifelhaft, ob § 79 II 3 BVerfGG die Vollstreckung zunächst erlaubt und es dann den Betroffenen überläßt, hiergegen Vollstreckungsgegenklage zu erheben <sup>127)</sup>, oder ob er ein Vollstreckungsverbot enthält und der Verweisung auf § 767 ZPO nur die Bedeutung zukommt, daß mit ihr anstelle des nach der Systematik der ZPO zu erwartenden Rechtsbehelfs der Erinnerung nach § 766 ZPO ein besonderes Rechtsmittel für statthaft erklärt wird, mit dem Verstöße gegen

122) Siehe oben S. 17 f.

123) Ähnlich UIBEL NJW 1963, 868 und MAURER JZ 1963, 668.

124) LARENZ S. 254.

125) Die Situation ist hier ähnlich der bei der Frage, ob § 254 II 3 BGB auch für § 254 I BGB gilt, was allgemein unter Hervorhebung des Grundgedankens dieser Bestimmung bejaht wird; vgl. RGZ 62, 106 (108) und 75, 108 (114).

126) KNESER AöR 89, 163.

127) So allerdings mit recht überzeugender Begründung ZEKORN ZJP 74, 419 f. und KNESER AöR 89, 188 ff; siehe auch HOEGEN Die Justiz 1960, 30 und LÖWISCH JZ 1961, 733.

dieses gesetzliche Vollstreckungsverbot zu rügen sind <sup>128)</sup>. Davon ganz abgesehen ließe die Richtigkeit der erstgenannten Betrachtungsweise aber keinen Schluß auf die Rechtslage bei strafgerichtlichen Entscheidungen zu, da ein solcher wiederum der ihnen gebührenden Sonderstellung nicht gerecht würde.

Von KNESER <sup>129)</sup> und REIFF <sup>130)</sup> wird gegen ein Vollstreckungsverbot bei Strafurteilen außerdem vorgetragen, es führe zu Schwierigkeiten unter dem Gesichtspunkt der *reformatio in peius*: Bestehe für Strafurteile ein Vollstreckungsverbot, so könne der Verurteilte im Falle einer trotzdem durchgeführten Vollstreckung nach §§ 458 I, 462 StPO eine ihre Unzulässigkeit feststellende gerichtliche Entscheidung erwirken. Werde er im Erneuerungsverfahren dann aber ein zweites Mal - und vollstreckungsfähig - verurteilt, so verstoße dies gegen ein bestehendes Verschlechterungsverbot, was es von vorneherein dadurch auszuschließen gelte, daß man § 79 II 2 BVerfGG nicht auf Strafurteile beziehe.

Diese Begründung leidet nicht nur darunter, daß sie vom Ergebnis ausgeht, sondern sieht vor allem zu Unrecht in einer derartigen Behandlung des Angeklagten einen Verstoß gegen das Verbot der *reformatio in peius*. KNESER räumt selbst ein, daß das in § 373 II StPO enthaltene Verschlechterungsverbot einer zweiten, diesmal vollstreckungsfähigen Bestrafung nicht entgegenstehe, weil es bei einem Norm- austausch zu keiner Änderung des früheren Urteils in einer für § 373 II StPO maßgeblichen Beziehung komme. Er will jedoch aus den in der StPO verstreut vorhandenen Vorschriften über das Verbot der *reformatio in peius* im Wege der Rechtsanalogie ein den gesamten Strafprozeß beherrschendes allgemeines Verschlechterungsverbot des Inhalts herleiten, daß der Angeklagte infolge eines von ihm eingelegten Rechtsbehelfs nie schlechtergestellt werden dürfe als er ohnehin stünde, es sei denn, das Gesetz bestimme ausdrücklich Gegenteiliges. Da die ein Verschlechterungsverbot aussprechenden Bestimmungen der §§ 331 II, 358 II und 373 II StPO sich aber einerseits bewußt auf die Abänderung des Strafausspruchs beschränken <sup>131)</sup> und sie andererseits ihren Platz unter den Vorschriften für einzelne Rechtsmittel und nicht unter denen über die Rechtsmittel im allgemeinen gefunden haben, geht eine derartige Ausweitung des ihnen zugrunde liegenden Gedankens nicht an.

---

128) LG Heidelberg NJW 1960, 916; GEIGER § 79 Anm. 3 und DRiZ 1951, 175; LECHNER § 79 II Anm. 1; GAUL S. 212; HOPFNER NJW 1960, 513 und RÖHL NJW 1960, 179.

129) AöR 89, 164.

130) NJW 1960, 1559.

131) HENKEL S. 424; PETERS S. 500 f.

Muß deshalb von einem Vollstreckungsverbot für Strafurteile ausgegangen werden, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, so bleibt zu prüfen, ob die mit dem Normtausch verbundene Folge des umgestellten Urteils die Wiederaufnahme zu einer zuungunsten des Angeklagten macht. <sup>132)</sup>BAHLMANN will das mit der Begründung verneinen, daß das Vollstreckungsverbot die Möglichkeit der Behebung verfassungsmäßiger Mängel der Vollstreckungsgrundlagen einschließe. Da eine solche Betrachtungsweise jedoch einen Zirkelschluß enthält, kann ihr nicht gefolgt werden.

Entscheidend ist vielmehr, daß die weder im Gesetz noch in den einschlägigen Erläuterungsbüchern näher erklärten Begriffe "Wiederaufnahme zugunsten" und "Wiederaufnahme zuungunsten" nur auf das Strafurteil selbst bezogen und an seinem **erkennenden Teil** gemessen werden können <sup>133)</sup>, will man nicht Gefahr laufen, hier jede sichere Abgrenzungsmöglichkeit zu verlieren. Wenn danach auch die Fälle der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten über den Kreis derer hinaustreichen, bei denen von einer *reformatio in peius* zu sprechen wäre, weil es dort lediglich auf die Änderung des Strafausspruchs ankommt, während hier alle Bestandteile des Urteilstenors Berücksichtigung finden müssen, bedeutet es andererseits, daß außerhalb des Urteils liegende Folgen einer Wiederaufnahme - und dazu zählt auch die Vollstreckbarkeit - für die Bestimmung ihrer Richtung außer Betracht zu bleiben haben.

Ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens mit dem Ziel, unter Beibehaltung des ursprünglichen Schuld- und Strafausspruchs die Verurteilung auf eine andere Vorschrift zu stützen, ist mithin ungeachtet des damit verbundenen Wegfalls eines Vollstreckungsverbots keiner zuungunsten des Angeklagten.

#### d) Wiederaufnahmeverfahren nach Nichtigerklärung formellrechtlicher Vorschriften

Auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahmeverfahren zuungunsten des Angeklagten sind dagegen - abgesehen von den bei enger Auslegung des § 2 StGB zu berücksichtigenden Fällen der rechtsfehlerhaften Anwendung verfassungswidriger Privilegierungen <sup>134)</sup> - denkbar, wenn man davon ausgeht, daß der Begriff der Norm in § 79 I BVerfGG nicht auf Vorschriften des materiellen Rechts beschränkt ist, sondern auch solche des Verfahrens und der Gerichtsverfassung einschließt. Es liegt auf der Hand, daß ein Verfahrensverstoß (bedingt durch Anwendung einer verfassungswidrigen Norm) ebenso leicht zu einem ungerechten Freispruch oder einer Milderbestrafung führen kann wie zu einer dem Gebot materieller Gerechtig-

132) MDR 1963, 542.

133) MAURER JZ 1963, 667.

134) Siehe oben S. 26 f und 28.

keit nicht entsprechenden entscheidungsmäßigen Benachteiligung des Angeklagten.

Im Hinblick darauf, daß mit Bezug auf die Geltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen weder für eine Anwendung der Vorschriften des § 2 StGB Raum ist <sup>135)</sup> noch rechtserhebliche Fehlvorstellungen des Täters möglich sind, entfallen für diese Fallgruppe dabei die Gesichtspunkte, deretwegen - wiederum von der durch eine täterfeindliche Auslegung des § 2 StGB bedingten erwähnten Einschränkung abgesehen - die Möglichkeit derartiger Wiederaufnahmeverfahren zuungunsten des Angeklagten nach Nichtigerklärung materiellrechtlicher Vorschriften von vorneherein zu verneinen ist.

## 2. Versagen der allgemeinen Auslegungsgrundsätze bei der Frage nach den Richtungen auf § 79 I BVerfGG gestützter Wiederaufnahmeverfahren

Nachdem ein Überblick über die Gruppen denkbarer Fälle von Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten gegeben wurde, ist nunmehr die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit zu behandeln, auf die der insoweit nicht näher präzisierende Wortlaut der Vorschrift eine eindeutige Antwort schuldig bleibt.

Ein Teil des Schrifttums <sup>136)</sup> glaubt die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG jeder Richtung allein damit begründen zu können, daß das Fehlen einer entsprechenden Einschränkung in der Bestimmung auf die Zulässigkeit beider Wiederaufnahmearten hindeute. Dieser Argumentation läßt sich jedoch entgegenhalten, in Anbetracht der Bevorzugung der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten im Bereich der StPO <sup>137)</sup> läge umgekehrt eine besondere Erwähnung der Zulässigkeit der anderen Wiederaufnahmeart nahe, wenn diese hier vom Gesetz im gleichen Umfang wie die zugunsten des Angeklagten gewollt wäre.

Ebensowenig vermag die Entstehungsgeschichte der Vorschrift Aufschluß über die Frage der nach § 79 I BVerfGG zulässigen Richtungen einer Rechtskraftdurchbrechung zu geben, da die Väter des Gesetzes die Möglichkeit von Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG überhaupt nicht erkannten und sich infolgedessen nicht damit auseinandersetzten, was für und was gegen ihre Zulässigkeit sprechen könnte <sup>138)</sup>.

135) JAGUSCH in LK § 2 Anm. II 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 2 Rdn. 40.

136) Eb. SCHMIDT Vorb. 9 vor § 359 StPO und Erl. 4 zu § 362; REIFF NJW 1960, 1559; BERTRAM MDR 1962, 535; vgl. auch KM § 362 Anm. 1.

137) Siehe oben S. 11 ff.

138) Vgl. RA-DS 94 VI S. 42 ff.

Versucht man endlich das Problem von der Zielsetzung der Norm her zu lösen, so sieht man sich der Schwierigkeit gegenüber, daß die Erweiterung des Wiederaufnahmerechts durch § 79 I BVerfGG von zwei Leitgedanken bestimmt wird, die im vorliegenden Zusammenhang Gegensätze darstellen: Einerseits erlaubt § 79 I BVerfGG in Abweichung von der allgemeinen Regelung des § 79 II BVerfGG einen Angriff auf den Rechtsbestand von Strafurteilen deswegen, weil durch eine strafrichterliche Verurteilung Persönlichkeit, Würde und Ansehen des Betroffenen ungleich stärker als durch einen Hoheitsakt anderer Art in Mitleidenschaft gezogen werden, so daß es erforderlich erscheint, hier die Rechtssicherheit zugunsten der Individualgerechtigkeit zurückzusetzen, die dem Verurteilten nicht zuteil geworden war<sup>139)</sup>. Insoweit ist die Vorschrift zur Verstärkung der Rechtsposition des in seinen verfassungsmaßigen Rechten verletzten Staatsbürgers vorhanden<sup>140)</sup>. Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, daß § 79 I BVerfGG gleichzeitig auch das Ziel verfolgt, dem über den Belangen der Verfahrensbeteiligten stehenden Interesse der Allgemeinheit an der Übereinstimmung aller Entscheidungen staatlicher Straf Gewalt mit dem geltenden Recht Genüge zu tun<sup>141)</sup>, das auf Grund der exponierten Stellung dieser Gattung von Entscheidungen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt im einzelnen besonders groß ist<sup>142)</sup>. So wie der erstgenannte Aspekt nicht auf Strafurteile zutrifft, die den Angeklagten ungerechtfertigterweise begünstigen, und deshalb zu dem Schluß herausfordert, § 79 I BVerfGG nur zugunsten des Angeklagten anzuwenden, verlangt der zweite, die Wiederaufnahme ungeachtet dessen zuzulassen, ob sie zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten betrieben wird.

Insgesamt führt damit auch die teleologische Interpretation zu keinem eindeutigen und damit befriedigenden Ergebnis. Wenn demgegenüber die einen<sup>143)</sup> aus dem Gesetzeszweck die Zulässigkeit und andere<sup>144)</sup> hieraus die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme zuungunsten herleiten zu können glauben, so setzen sie sich damit unter einseitiger Betonung eines der beiden dem § 79 I BVerfGG zugrunde liegenden Gedanken über dessen Doppelfunktion hinweg.

---

139) Siehe oben S. 17.

140) BAHLMANN MDR 1963, 541; RIEHN kuv 1963, 207.

141) BGHSt 18, 368 (370).

142) Siehe oben S. 18.

143) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; CREIFELDS JR 1962, 362.

144) LG Aachen NJW 1962, 1973; MAURER JZ 1963, 667; KNESER AöR 89, 159.

### 3. Die Unzulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten als Folge des Gebots verfassungskonformer Auslegung

Die für die Entscheidung zugunsten einer der beiden nach dem Wortlaut möglichen Auslegungen des § 79 I BVerfGG maßgeblichen Kriterien erschöpfen sich jedoch nicht in den bisher berücksichtigenden Gesichtspunkten. Angesichts des in Erweiterung der überkommenen Auslegungsgrundsätze vom BayVerfGH <sup>145)</sup> entwickelten, vom BVerfG <sup>146)</sup> aufgegriffenen und auch in der übrigen höchstrichterlichen Rechtsprechung <sup>147)</sup> anerkannten Gebots, daß bei mehreren möglichen Deutungen einer Norm, von denen die eine die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung in sich birgt, immer diejenige den Vorzug verdient, die die Norm in Einklang mit der Verfassung stehen läßt, bleibt zu untersuchen, ob sich gegenüber der Ansicht, die in § 79 I BVerfGG einen Wiederaufnahmegrund sowohl zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten erblickt, nicht verfassungsrechtliche Bedenken ergeben.

Die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten erscheint fraglich im Hinblick auf Art. 103 III GG, der über seinen Wortlaut hinaus nicht nur verbietet, eine Person wegen derselben Tat mehrmals zu bestrafen, sondern auch schon, sie deswegen wiederholt in ein Strafverfahren zu verwickeln <sup>148)</sup>. Diese Verfassungsnorm schließt grundsätzlich auch das Verbot ein, die Rechtskraft einer Entscheidung in Form einer Wiederaufnahme des Verfahrens zum Nachteil des Angeklagten zu durchbrechen. Sie hindert demzufolge auch den Gesetzgeber, nach Belieben Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten zu schaffen <sup>149)</sup>. Gleichzeitig ist andererseits im Ergebnis aber unbestritten, daß Art. 103 III GG in engem Umfang Ausnahmen vom Verbot der Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten zuläßt. MAUNZ-DÜRIG <sup>150)</sup> folgern dies aus einer der Vorschrift immanenten "Unerträglichkeits-schranke" und begrenzen, sich an ihr orientierend, die zulässigen Ausnahmen

---

145) BayVerfGHE nF 4 II 30 (31, 44); 5 II 19 (20, 29) und 5 II 41 (54).

146) BVerfGE 2, 266 (267, 282); seitdem ständige Rechtsprechung, siehe vor allem BVerfGE 2, 336 (340 ff); 7, 120 (126); 7, 267; 8, 38 (41); 8, 210 (221); 9, 194 (197, 200); 10, 20 (55); 11, 168 (190 ff); 12, 45 (61); 12, 151 (172); 14, 56 (73) und 16, 246 (253).

147) Vgl. BAGE 1, 281 (286); BVerwGE 5, 148 (151) und BGHSt 13, 102 (113 ff).

148) BGHSt 5, 323 (329) und 10, 358 (363); MAUNZ-DÜRIG Art. 103 Rdn. 127.

149) BVerfGE 15, 303 (307); BGHSt 5, 323 (329).

150) Art. 103 Rdn. 132.

vom Verbot mehrfacher Strafverfolgung auf die Fälle, "in denen sich die in Art. 103 III GG erfolgte Bevorzugung von Rechtssicherheit und personeller Freiheit vor dem materiellen Prinzip der Gerechtigkeit schlechterdings nicht mehr rechtfertigen läßt". Da man von keiner der oben vorgestellten Gruppen denkbarer Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten sagen kann, daß es unerträglich wäre, wenn man es statt ihrer Durchführung bei der einmal ergangenen, den Angeklagten begünstigenden Entscheidung beließe, stünde nach dieser Auffassung jeder Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten Art. 103 III GG entgegen<sup>151)</sup>. Etwas geringer sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung<sup>152)</sup> - ausgehend von der h.M.<sup>153)</sup>, Art. 103 III GG reiche nur soweit, als der Grundsatz "ne bis in idem" bereits bei Erlaß des GG Geltung besaß - an die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren zuungunsten des Angeklagten stellt. Der BGH begnügt sich damit, es müsse sich um "eine mit normalen rechtsstaatlichen Grundsätzen noch verträgliche Einschränkung der Rechtskraft handeln, wie sie sich in den allgemeinen Rahmen der herkömmlichen Wiederaufnahmegründe einfügen läßt". Wenn man bedenkt, daß die der wahren Rechtslage nicht entsprechende Besserstellung eines Angeklagten auf Grund der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm ihre Ursache in zwei vermeidbaren Fehlern von Staatsorganen hat, nämlich in einer Verfassungsverletzung des Parlaments und in der unzureichenden Wahrnehmung der den Gerichten obliegenden Prüfungspflicht<sup>154)</sup>, muß jede Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG zuungunsten des Angeklagten auch von diesem Standpunkt aus als mit Art. 103 III GG unverträglich angesehen werden.

§ 79 I BVerfGG wäre also verfassungswidrig, wenn er dahin verstanden werden müßte, daß er auch die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten gestatte. Damit scheitert diese Interpretation am Gebot verfassungskonformer Auslegung. Seinetwegen kann § 79 I BVerfGG nur als Vorschrift verstanden werden, die eine Rechtsgrundlage allein für Wiederaufnahmeanträge zugunsten des Angeklagten abgibt. Wird ein auf § 79 I BVerfGG gestützter Wiederaufnahmeantrag zuungunsten des Angeklagten eingebracht, so fehlt es bei ihm an der Geltendmachung eines

151) Im Ergebnis ebenso KNESER AöR 89, 159.

152) BGHSt 5, 323 (328 ff).

153) BVerfGE 3, 248 (252 f); BGHSt 3, 13 (16); LÖWE-R. Vorb. 21a vor § 151.

154) BGHSt 5, 323 (331).

155) Der erstgenannte Fehler ist allerdings auf die Fälle nachkonstitutioneller ursprünglicher Verfassungswidrigkeit von Normen beschränkt; ungenau deshalb KNESER AöR 89, 159, der allgemein hierauf und nicht auf die Verletzung der richterlichen Prüfungspflicht abstellt.

"gesetzlichen Grundes der Wiederaufnahme" mit der Folge, daß er gemäß § 368 StPO als unzulässig zu verwerfen ist <sup>156)</sup>.

#### IV. § 79 I BVerfGG, EIN "ABSOLUTER" WIEDERAUFNAHMEGRUND?

Zu den Aussagen, die in Abhandlungen und Entscheidungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 I BVerfGG immer wieder anzutreffen sind, gehört die Bemerkung, diese Bestimmung verkörpere einen "absoluten" Wiederaufnahmegrund <sup>157)</sup>. Überall da, wo dieser schillernde Begriff in Rechtsprechung und Schrifttum auftaucht, begnügen sich diejenigen, die ihn verwenden, aber auch mit einer derartigen anspruchsvollen Feststellung und benützen sie dazu, unter Verzicht auf weitere Begründung den Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG in mancherlei Hinsicht nicht entsprechend den im Wiederaufnahmerecht der StPO geltenden Regeln zu behandeln. Eindeutige Angaben von Kriterien, die § 79 I BVerfGG einen absoluten Wiederaufnahmegrund zu nennen erlauben, vermißt man hingegen. Solche, eine herausragende Stellung der Vorschrift im gesamten Wiederaufnahmerecht begründenden Gesichtspunkte zu finden und gegebenenfalls anhand dieser den Inhalt des Begriffs "absoluter Wiederaufnahmegrund" im Zusammenhang mit § 79 I BVerfGG zu bestimmen, setzen sich die folgenden Überlegungen zum Ziel.

##### 1. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund in der überkommenen Bedeutung dieses Begriffs

Der Begriff des "absoluten Wiederaufnahmegrundes" stellt keine erst im Zuge von Erörterungen zu § 79 I BVerfGG aufgetauchte Neuheit des strafprozessualen Vokabulars dar. Er war vielmehr bereits dem älteren Schrifttum zur Wiederaufnahme des Verfahrens geläufig <sup>158)</sup> und fand von dort aus auch Eingang in die jüngere Literatur auf diesem Gebiet <sup>159)</sup>. Der Ausdruck geht auf das straf- und das zivilprozessuale Revisionsrecht zurück, die bestimmte Rechtsverletzungen nennen <sup>160)</sup>,

---

156) KNESER AöR 89, 160.

157) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; AG Stuttgart NJW 1963, 458 (459); SCHWARZ-KL. § 359 Anm. 7; KLEINKNECHT NJW 1952, 1190; BERTRAM MDR 1962, 535 und BAHLMANN MDR 1963, 542.

158) GIEHL S. 18.

159) Vgl. WALTER S. 22 und NEUMANN S. 33.

160) §§ 338 StPO, 551 ZPO.

bei deren Vorliegen das Gesetz die unwiderlegliche Vermutung ausspricht, das angefochtene Urteil beruhe auf ihnen mit der Folge, daß es ohne Rücksicht auf die Nachweisbarkeit oder wenigstens die Möglichkeit einer Beeinflussung durch eine solche Rechtsverletzung von vorneherein aufzuheben ist. In Anlehnung an die althergebrachte Qualifizierung dieser Revisionsgründe als "absolut" bürgerte sich für den Wiederaufnahmegrund der Amtspflichtverletzung eines Richters (§§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO) die Bezeichnung "absoluter" Wiederaufnahmegrund ein, weil bei ihm - wie § 370 I StPO zu entnehmen ist - allein die Feststellung einer richterlichen Amtspflichtverletzung als solche zur Aufhebung der rechtskräftigen Entscheidung und Erneuerung der Hauptverhandlung führt, ohne daß entsprechend den anderen Wiederaufnahmegründen hinzukommen müßte, daß dieses Fehlverhalten eines Richters das Zustandekommen der Entscheidung wenigstens möglicherweise beeinflusst hatte. Das Wesen eines absoluten Wiederaufnahmegrundes in diesem überkommenen Sinn läßt sich also allgemein dadurch umreißen, daß ein bestimmter Tatbestand für sich genommen eine Durchbrechung der Rechtskraft rechtfertigen soll und die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht nur dann anzuordnen ist, wenn außerdem noch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Wiederaufnahmegrund und Wiederaufnahmeobjekt zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.

§ 79 I BVerfGG gibt nun nach seinem eindeutigen Wortlaut einen Wiederaufnahmegrund nur dann ab, wenn das Wiederaufnahmeobjekt auf einer für nichtig erklärten Norm beruht. Damit läßt sich - ohne daß es bereits hier einer genauen Festlegung des Begriffs "Beruhen" bedürfte - vom Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG jedenfalls aussagen, daß er sich nicht im Tatbestand der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm und deren Nichtigerklärung erschöpft, sondern daß er darüber hinaus das Erfordernis einer bestimmten kausalen Beziehung zwischen der Anwendung der für nichtig erklärten Norm und dem konkreten Entscheidungsinhalt einschließt. § 79 I BVerfGG enthält mithin keinen absoluten Wiederaufnahmegrund in der bisherigen Bedeutung dieses Begriffs<sup>161)</sup>.

---

161) Richtig deshalb REIFF NJW 1960, 1559, der, nur von dieser Bedeutung ausgehend, § 79 I BVerfGG die Eigenschaft eines absoluten Wiederaufnahmegrundes abspricht.

## 2. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund unter dem Gesichtspunkt selbständiger Bestimmung der Statthaftigkeit

Nach § 79 I BVerfGG ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nur bei Strafurteilen statthaft, d. h. nur für Entscheidungen dieser Art vorgesehen. Es wird unten S. 64 ff untersucht werden, ob und inwieweit durch erweiternde Auslegung oder in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung auch eine Durchbrechung der Rechtskraft anderer strafrichterlicher und diesen verwandter Entscheidungen möglich ist. Im Rahmen dieser Prüfung taucht die Frage auf, ob § 79 I BVerfGG Wiederaufnahmemöglichkeiten bei allen Arten von Entscheidungen eröffnet, die auf Grund ihres Wesens einer den Straurteilen gleichen Behandlung zugänglich erscheinen oder nur unter der weiteren Voraussetzung, daß bei ihnen bereits nach den jeweils maßgeblichen allgemeinen Verfahrensvorschriften eine Wiederaufnahme des Verfahrens oder ein dieser vergleichbarer Rechtsbehelf vorgesehen ist. Träfe ersteres zu, so wäre § 79 I BVerfGG unter dem Gesichtspunkt selbständiger Bestimmung der Statthaftigkeit ein absoluter Wiederaufnahmegrund zu nennen.

In der Tat wird die Auffassung vertreten, die Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG hänge nicht davon ab, ob für die betreffenden Entscheidungsarten ansonsten eine Wiederaufnahme vorgesehen sei. Ein Teil des Schrifttums<sup>162)</sup> und eine allerdings ohne Anklang gebliebene Entscheidung des AG Stuttgart<sup>163)</sup> rechtfertigen beispielsweise mit dieser Begründung die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeanträgen gemäß § 79 I BVerfGG gegenüber rechtskräftigen Strafverfügungen, denen sie bei Vorliegen eines der in der StPO genannten Wiederaufnahmegründe die Tauglichkeit zum Wiederaufnahmeobjekt absprechen. Zu Recht wendet sich KNESER<sup>164)</sup> im Anschluß an REIFF<sup>165)</sup> gegen diese Betrachtungsweise, wenn er die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen gemäß § 79 I BVerfGG gegenüber Strafverfügungen a limine unter Hinweis darauf ablehnt, daß die StPO eine Wiederaufnahme gegenüber dieser Gattung von Entscheidungen nicht vorsehe<sup>166)</sup>, § 79 I BVerfGG erweitere ein für eine bestimmte Art strafrichterlicher Erkenntnisse bereits vorhandenes System von Möglichkeiten einer Rechtskraftdurchbrechung und nimmt auf dessen Regelung Bezug. Es mag nun zwar angehen, im Wege extensiver Auslegung oder Analogie diese Erweiterung des Wiederaufnahmerechts bei

---

162) CREIFELDS JR 1962, 364; BAHLMANN MDR 1963, 543.

163) NJW 1963, 458.

164) AöR 89, 170.

165) NJW 1960, 1559.

166) Damit ist nichts über die Richtigkeit dieser Prämisse gesagt, vgl. dazu unten S. 68 ff.

Strafurteilen auf andere Arten von Entscheidungen geeigneten Inhalts zu erstrecken. Diese Ausdehnung des Geltungsbereichs von § 79 I BVerfGG darf jedoch nur so weit gehen, als es gilt, für diese Entscheidungsarten ebenfalls schon vorhandene Möglichkeiten einer Überwindung der Rechtskraft zu erweitern; nicht aber kann sie zum Ziel haben, solche erst zu begründen. Die Vorschrift bietet keine Anhaltspunkte für die Rechtfertigung des sich hieraus ergebenden ungereimten Ergebnisses, daß ein unanfechtbar gewordenes Erkenntnis zwar wegen Beruhens auf einer verfassungswidrigen Norm, nicht aber dann beseitigt werden könnte, wenn nachtraglich seine Unhaltbarkeit infolge eines groben Mangels der tatsächlichen Feststellungen offenbar wird. Hinzu käme die verfahrensrechtliche Schwierigkeit, nach welchen Vorschriften die auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahme bei derartigen Entscheidungen prozessual abgewickelt werden sollte, weil es für sie ja an einer geeigneten Regelung fehlen würde. Hätte der Gesetzgeber in § 79 I BVerfGG einen verselbständigten Wiederaufnahmegrund und solchen Ausmaßes schafften wollen, so wäre seine Beschränkung auf Strafurteile und die Bezugnahme auf die bei ihnen vorgegebenen Vorschriften unverständlich. Es hätte dann einer allgemeineren Vorschrift mit naneter Ausgestaltung des beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen einzuschlagenden Verfahrens bedurft, auf die man gerade verzichtete.

§ 79 I BVerfGG enthält demnach auch keinen absoluten Wiederaufnahmegrund dergestalt, daß er die Statthaftigkeit von Rechtsbehelfen zum Ziel der Rechtskraftdurchbrechung selbständig bestimmt.

### 3. § 79 I BVerfGG, kein absoluter Wiederaufnahmegrund infolge Entbehrlichkeit einer Beschwerde

Zu den Aspekten, unter denen von § 79 I BVerfGG gesagt wird, die Vorschrift gebe einen absoluten Wiederaufnahmegrund ab, gehört weiterhin der der Entbehrlichkeit einer Beschwerde für die Zulässigkeit des Wiederaufnahmebegehrens<sup>167)</sup>. Das Anliegen der Vertreter dieser Theorie ist es, die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeanträgen gegenüber Entscheidungen bejahen zu können, die zwar freigesprochen haben, den Angeklagten aber in ihrer Begründung belasten<sup>168)</sup>, während diese richtigerweise zu einem für den Angeklagten wünschenswerten Freispruch wegen erwiesener Unschuld auf Grund Nichtigkeit dieser oder jener Norm hätten

---

167) GEIGER § 79 Anm. 2; BAHLMANN MDR 1963, 542.

168) Z.B. dadurch, daß sie das Bestehen eines, wenn auch nicht zur Verurteilung ausreichenden Tatverdachts feststellen oder nur zu einem Freispruch wegen Schuldunfähigkeit gelangen.

gelangen müssen. Angesichts der völlig gefestigten, vom Schrifttum <sup>169)</sup> größtenteils anerkannten und auch vom BVerfG <sup>170)</sup> unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel gebilligten Rechtsprechung <sup>171)</sup>, wonach es bei Prüfung der Beschwer nur darauf ankommt, ob die Urteilsformel den Beschwerdeführer belastet, eine diesem noch so nachteilige und seine Persönlichkeit abwertende Urteilsbegründung hingegen keine Beschwer zu begründen vermag, sind solche Anträge unzulässig, wenn man bei Prüfung ihrer Zulässigkeit am Erfordernis der Beschwer in diesem Sinne festhält. Dies mag auf den ersten Blick mißlich erscheinen. Es ist jedoch zu bedenken, daß die Beschwer Zulässigkeitsvoraussetzung jedes ordentlichen Rechtsmittels ist <sup>172)</sup>. Es wäre deshalb systemwidrig, bei einem außerordentlichen Rechtsbehelf, dessen Zulässigkeit wegen des mit seinem Erfolg verbundenen Eingriffs in die Rechtskraft gemeinhin an schärfere Voraussetzungen geknüpft wird, auf dieses Erfordernis zu verzichten. Es würde dies das unverständliche Ergebnis zur Folge haben, daß gegenüber Urteilen bestimmten Inhalts zwar nicht Berufung oder Revision eingelegt, wohl aber die Wiederaufnahme des Verfahrens betrieben werden könnte. Deshalb ist mit BERTRAM <sup>173)</sup> und CREIFELDS <sup>174)</sup> zu betonen, daß eine Beschwer oben skizzierten Inhalts zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen auch jedes Wiederaufnahmeantrags zählt, der auf § 79 I BVerfGG gestützt wird.

Eine andere Frage war es vor Inkrafttreten des StPÄG <sup>175)</sup>, ob eine im Hinblick auf den Grund der Freisprechung erfolgte Verweigerung der Erstattung notwendiger Auslagen des Angeklagten für sich ähnlich wie mit Hilfe ordentlicher Rechtsmittel <sup>176)</sup> im Wege einer von § 79 I BVerfGG ausgehenden Wiederaufnahme angegriffen und so versucht werden konnte, gemäß § 467 II 2 StPO nachträglich diese Beträge aus der Staatskasse zu erlangen. Eine Beschwer war nämlich in derarti-

169) LÖWE-R. § 296 Anm. 4c; Eb. SCHMIDT Vorb. 15 ff vor § 296; KM Vorb. 3 vor § 296.

170) BVerfG NJW 1956, 1833.

171) So schon RGSt 4, 355; nunmehr BGHSt 7, 153 und 16, 374.

172) LÖWE-R. § 296 Anm. 4a; KM Vorb. 3 vor § 296.

173) MDR 1962, 537.

174) JR 1962, 362.

175) Während bis dahin über die Auslagenerstattung im Urteil entschieden wurde, geschieht dies nunmehr gemäß § 467 IV 1 StPO n.F. durch besonderen Beschluß, so daß es bereits an einem geeigneten Wiederaufnahmeobjekt fehlt, vgl. unten S. 51 und 61.

176) Vgl. zur selbständigen Anfechtbarkeit von Kostenentscheidungen im allgemeinen BayOBLG NJW 1952, 155 und KM § 464 Anm. 3.

gen Fällen - wenn auch nur im Kostenpunkt - für den Freigesprochenen vorhanden. An ihrem Fehlen scheiterte die Zulässigkeit eines auf den Kostenausspruch beschränkten Wiederaufnahmeantrags nicht. Die Unzulässigkeit einer Wiederaufnahme ergab sich hierfür jedoch daraus, daß § 79 I BVerfGG die Aufgabe hat, die Persönlichkeit des Betroffenen verletzende Entscheidungen zu beseitigen, während in der geschilderten Situation reine Kostenbelastungen in Rede standen, denen diese beeinträchtigende Wirkung fehlte.

#### 4. § 79 I BVerfGG, ein absoluter Wiederaufnahmegrund im Sinne abschließender Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs

Ob § 79 I BVerfGG einen "absoluten" Wiederaufnahmegrund enthält, wird schließlich im Rahmen der Frage erörtert, welche Bedeutung es hat, daß die Vorschrift erklärt, die Wiederaufnahme des Verfahrens sei im Fall des Beruhens eines Urteils auf einer für nichtig erklärten Norm: "nach den Vorschriften der StPO zulässig". Ein Teil des Schrifttums<sup>177)</sup> entnimmt dieser Verweisung, § 79 I BVerfGG vermehre lediglich den in den §§ 359, 362 StPO vorhandenen Katalog von Wiederaufnahmegründen um eine weitere Nummer und nehme damit auf alle Bestimmungen des Wiederaufnahmerechts, also auch auf diejenigen Bezug, die - wie vor allem § 363 StPO - Zulässigkeitsvoraussetzungen über die in den einzelnen Wiederaufnahmegründen selbst genannten hinaus festlegen. Demgegenüber findet sich vorwiegend die Auffassung, die in § 79 I BVerfGG ausgesprochene Verweisung erstrecke sich nur auf diejenigen Vorschriften, die das nach Anbringung eines Wiederaufnahmeantrags einzuschlagende Verfahren regeln, nicht auch auf solche, die die sachlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme normieren. Was sie angehe, so treffe § 79 I BVerfGG - abgesehen von Statthaftigkeit, Beschwer und Formalien - eine selbständige, abschließende Regelung und sei deshalb absoluter Wiederaufnahmegrund<sup>178)</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht betrachten die hier auftretende Problematik allerdings zumeist nur unter dem Gesichtspunkt, ob § 363 StPO bei einem auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrag zu beachten ist<sup>179)</sup>.

177) GEIGER § 79 Anm. 2; HOEGEN Die Justiz 1960, 29; RÖHL NJW 1960, 180.

178) LECHNER § 79 I; LÖWE-R. Vorb. 3d vor § 359; KLEINKNECHT NJW 1952, 1190; BERTRAM MDR 1962, 535; CREIFELDS JR 1962, 362 und MAURER JZ 1963, 668; unentschieden von STACKELBERG NJW 1963, 700.

179) So alle in Fußn. 178 Genannten mit Ausnahme von LECHNER.

Dieser Frage kommt auch allein praktische Bedeutung zu, weil die für die Wiederaufnahmegründe der §§ 359 Nr. 1 und 2, 362 Nr. 1 und 2 StPO zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung des § 364 StPO von vorneherein nicht auf § 79 I BVerfGG paßt. Die Einengung des Problems auf die Anwendbarkeit von § 363 StPO kennzeichnet auch die Rechtsprechung<sup>180)</sup>, die sich dabei - zuletzt auch der BGH<sup>181)</sup> - der h. M. angeschlossen hat und § 363 StPO bei § 79 I BVerfGG nicht berücksichtigt.

Dem Wortlaut der Verweisung läßt sich nichts Entscheidendes entnehmen. Zwar spricht für Rechtsprechung und h. L., daß bei einer Globalverweisung auf die §§ 359 - 373a StPO die Formulierung "... findet die Wiederaufnahme nach den Vorschriften der StPO statt" näher gelegen hätte als die Feststellung "... ist die Wiederaufnahme nach den Vorschriften der StPO zulässig". Diesem Umstand kann jedoch keine Bedeutung beigemessen werden, weil sich die gewählte Fassung ersichtlich an die der §§ 359 und 362 StPO anlehnt. Dort kommt ihr aber gerade nicht die Bedeutung abschließender Aufzählung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags zu, sondern es sind vielmehr die §§ 363 und 364 StPO als Zulässigkeitsschranken zu beachten.

Die Bestätigung der einen oder anderen Ansicht kann sonach nur durch ein Zurückgehen auf das Wesen des § 79 I BVerfGG gewonnen werden. Hier ist von Bedeutung, daß die Bestimmung nicht nur wie das übrige Wiederaufnahmerecht im Dienst der Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit steht, sondern daß ihr daneben auch die Aufgabe zufällt, die in der Existenz eines auf einer nichtigerklärten Norm beruhenden Urteils liegende Störung der verfassungsmäßigen Ordnung wiederherzustellen<sup>182)</sup>. § 79 I BVerfGG könnte sie nicht erfüllen, wollte man das auf die Wirkung für die Person des Verurteilten bezogene Ergebnis der Wiederaufnahme über die Zulässigkeit des Antrags entscheiden lassen<sup>183)</sup>. Auch wird nur die h. M. der Tatsache gerecht, daß die Anwendung einer nichtigen Strafnorm die auf ihr beruhenden Entscheidungen einschneidender trifft als in aller Regel das Vorliegen eines von der StPO zum Wiederaufnahmegrund erhobenen Tatbestandes<sup>184)</sup>. § 79 I BVerfGG wird deshalb zu Recht unter dem Blickwinkel ein "absoluter Wiederaufnahmegrund" genannt, daß die Zulässigkeit eines sich auf ihn be-

---

180) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; OLG Bremen NJW 1962, 2169; OLG Nürnberg NJW 1962, 2264 und OLG Hamm NJW 1962, 2265; a. A. nur AG Zweibrücken NJW 1962, 1975.

181) BGHSt 18, 339.

182) Vgl. oben S. 17 ff.

183) OLG Bamberg NJW 1962, 2168.

184) BGHSt 18, 339 (343); KNESER AöR 89, 160.

rufenden Wiederaufnahmeantrags nicht vom Vorliegen der in der StPO aufgeführten, neben den durch die einzelnen Wiederaufnahmegründe selbst bedingten Erfordernisse abhängt, sondern daß die Vorschrift die Zulässigkeitsvoraussetzungen abschließend regelt <sup>185)</sup>.

Die praktischen Auswirkungen dieser Sonderstellung des § 79 I BVerfGG bestehen darin, daß eine Reihe seinerwegen erhobener Wiederaufnahmeanträge, denen bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes der StPO wegen des mit ihnen verfolgten Zieles unter Hinweis auf § 363 StPO die Zulässigkeit abzusprechen wäre, nicht an dieser Vorschrift scheitern. Hierbei handelt es sich zunächst um Wiederaufnahmesuche gegenüber Verurteilungen auf Grund mehrerer tatsachenrechtlich zusammenfassender Straigesetze, mit denen die Nichtigkeit einer Vorschrift geltend gemacht wird, aus der die Strafe nach § 73 StGB nicht entnommen wurde. Zu ihnen gehören weiter die reinen "Strafmaßwiederaufnahmen", sei es, daß sich der Wiederaufnahmewerber auf die Nichtigkeit einer Vorschrift beruft, die zwar infolge Gesetzeskonkurrenz nicht im Schuldspruch auftauchte, deren Einschlagigkeit sich aber möglicherweise im Strafmaß auswirkte, sei es, daß Anlaß der Wiederaufnahme nicht die Nichtigkeitsklärung einer Strafvorschrift in vollem Umfang, sondern nur hinsichtlich bestimmter in ihr enthaltener Strafdrohungen ist <sup>186)</sup>. Eine dritte Gruppe bilden die Wiederaufnahmeanträge, mit deren Hilfe die Ausmerzung einer verfassungswidrigen und für nichtig erklärten Norm erreicht werden soll, neben der aber eine inhaltsgleiche verfassungsmäßige Vorschrift vorhanden war und ist, so daß am Ende der Wiederaufnahme - wie in den zahllosen Fällen von Wiederaufnahmeanträgen nach Verurteilungen aus den §§ 71 StVZO und 49 StVO und 49 StVO wegen der Gültigkeit des inhaltsgleichen <sup>187)</sup> § 21 StVG - nur ein Norm austausch stehen kann. Versteht man unter Norm in § 79 I BVerfGG sowohl materiellrechtliche als auch Bestimmungen des Verfahrensrechts, so kommen zu den genann-

185) Die Beschwer als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung jedes Rechtsmittels wird hiervon nicht betroffen, vgl. oben S. 40 f.

186) Die Möglichkeit verfassungswidriger und nicht zur Nichtigkeit der ganzen Vorschrift führender Strafdrohungen wegen Verstoßes gegen das Gebot der Achtung der Menschenwürde, gegen das Rechtsstaatsprinzip oder gegen Art. 3 MRK hat Thomas RAISER JZ 1963, 668 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG (E 1, 332 (348) und 6, 389 (439)), des BayVerfGH (E 3, 109 (114)) und MAUNZ-DÜRIG Art. 1 I Rdn. 31 f. überzeugend nachgewiesen. Daß sich auch die Praxis der Strafgerichte mit ihr ernst auseinanderzusetzen beginnt, zeigt die ausführlich begründete Entscheidung des BayObLG NJW 1964, 2025 zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Mindeststrafe für Einsteigdiebstahl im Rückfall.

187) Dazu unten S. 118 Fußn. 464.

ten Gruppen schließlich noch alle Wiederaufnahmeanträge hinzu, die sich auf die verfassungsgerichtlich festgestellte Nichtigkeit einer formellrechtlichen Vorschrift stützen und behaupten, daß bei Nichtanwendung der Norm das Verfahren einen anderen Ausgang genommen, wenn auch nicht zum Freispruch des Angeklagten oder zu seiner Bestrafung aus einem milderen Strafgesetz geführt hatte. Angesichts der Unanwendbarkeit von § 363 StPO beurteilt sich in all diesen Fällen die Zulässigkeit eines gemäß § 79 I BVerfGG angebrachten Wiederaufnahmeantrags allein danach, ob ein "Beruhen" der Entscheidung auf der für nichtig erklärten Norm zu bejahen ist, hängt also ausschließlich vom Inhalt dieses Begriffs ab<sup>188)</sup>.

Der BGH<sup>189)</sup> hat seine Entscheidung über die Unanwendbarkeit des § 363 StPO nur in zweiter Linie auf die oben genannten Gründe abgestellt, die nach Auffassung des Verfassers den Ausschluß dieser Vorschrift im Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG fordern. Ihre primäre Rechtfertigung entnimmt er der These, jedes Messen eines Wiederaufnahmeantrags an § 363 StPO sei unvereinbar mit dem aus der Zielsetzung des § 79 I BVerfGG abzuleitenden Erfordernis, "die vollständige Tilgung der nichtigen Vorschrift aus dem Strafurteil" möglich zu machen<sup>190)</sup>. Ein derartiges Erfordernis kann nur anerkannt werden, wenn der BGH - wie allerdings angenommen werden darf - dabei die Möglichkeit der Ausmerzung nichtiger Normen lediglich aus dem erkennenden Teil der betroffenen Entscheidungen im Auge hat, der ja allein über die Beschwer entscheidet. Dann läßt sich aber nicht mit ihm die Unanwendbarkeit schlechthin, sondern nur eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 363 StPO bei Anträgen gemäß § 79 I BVerfGG rechtfertigen. Auch unter Berücksichtigung des Erfordernisses, für nichtig erklärte Normen immer aus dem Tenor eines Urteils entfernen zu können, verbleiben nämlich Fälle, in denen § 363 StPO seine Bedeutung behielt. Zunächst dann, wenn mit dem Wiederaufnahmeantrag die Nichtigkeit einer Bestimmung geltend gemacht wird, die nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz hinter eine (verfassungsmäßige; und im Tenor allein genannte Vorschrift zurücktrat, aber auf die Strafhöhe einwirkte. Unter der Voraussetzung, daß man den Normbegriff in § 79 I BVerfGG weit faßt, gälte gleiches für alle wegen Nichtigerklärung einer verfahrensrechtlichen Bestimmung betriebenen Wiederaufnahmeverfahren, weil es sich auch hier nicht um die förmliche Ausmerzung einer im Urteilssatz auftauchenden verfassungswidrigen Norm handelte<sup>191)</sup>.

---

188) Darüber unten S. 122 f.

189) BGHSt 18, 339.

190) Ähnlich KNESER AöR 89, 160 f.

191) So folgerichtig KNESER AöR 89, 161.

Die vom BGH angezogene Hauptbegründung ist folglich nicht geeignet, die generelle Nichtgeltung von § 363 StPO im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 I BVerfGG zu rechtfertigen, zu der er angesichts der oben angestellten Erwägungen im Ergebnis freilich zutreffend gelangt.

## V. ZULÄSSIGKEIT UND BEGRÜNDETHEIT DES AUF § 79 I BVerfGG GESTÜTZTEN WIEDERAUFNAHMEANTRAGS

Nachdem für § 79 I BVerfGG festgestellt worden ist, daß er einen absoluten Wiederaufnahmegrund im Sinne selbständiger und abschließender Regelung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit entsprechender Anträge enthält, bleibt zu untersuchen, welche Erfordernisse dies sind, die erfüllt sein müssen, damit am Schluß des ersten Abschnitts des dreigeteilten <sup>192)</sup> Wiederaufnahmeverfahrens die Zulässigkeit des Antrags zu bejahen und im zweiten Verfahrensabschnitt die Prüfung seiner Begründetheit durchzuführen ist <sup>193)</sup>. Es ist weiter das mit dieser Frage zusammenhängende Verhältnis von Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmebegehrens zu bestimmen, die die StPO verfahrensmäßig dadurch schafft unterscheidet, daß darüber gemäß §§ 368, 370 bzw. 371 StPO durch zwei gesonderte Beschlüsse befunden werden muß <sup>194)</sup>.

### 1. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Antrags

Die Beantwortung der ersten Frage scheint keine Schwierigkeiten bereiten zu können, heißt es doch in § 79 I BVerfGG, die Wiederaufnahme des Verfahrens sei zulässig, wenn ein Strafurteil auf einer für nichtig erklärten Norm beruhe. Daraus möchte man entnehmen, die Nichtigerklärung einer Norm und das Beruhen des Wiederaufnahmeobjekts auf ihr seien die beiden spezifischen Voraussetzungen der Zulässigkeit eines auf diese Vorschrift gestützten Wiederaufnahmeantrags. Aus dem Wortlaut der Bestimmung diesen Schluß zu ziehen, wäre jedoch voreilig. Auch die §§ 359, 362 StPO deuten nämlich darauf hin, daß das Vorhandensein eines der in ihnen aufgeführten Tatbestände Erfordernis der Zulässigkeit

---

192) Adoptionsverfahren und Probationsverfahren als Teile des Aufhebungsverfahrens sowie das Erneuerungsverfahren.

193) Abgesehen wird wiederum von den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Staatshaftigkeit, einer Beschwerde und denen formeller Art, die ja bei jedem Wiederaufnahmegrund erfüllt sein müssen.

194) RGSt 35, 351 (352).

des Wiederaufnahmeantrags sei. Für sie ergibt jedoch § 368 I StPO, daß der Gesetzgeber nur terminologisch etwas unglücklich formulierte, nämlich bei der Fassung "...ist zulässig" bereits auf die Möglichkeit eines Erneuerungsverfahrens abstellte, jedoch die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags nicht vom objektiven Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes abhängig machte, sondern sich hierfür mit dessen Geltendmachung und der Anführung geeigneter Beweismittel, also mit einer Art Schlüssigkeitsprüfung<sup>195)</sup> begnügte. Das Vorhandensein eines Wiederaufnahmegrundes selbst sieht das Gesetz - wie § 370 StPO zeigt - dagegen als Frage der Begründetheit des Antrags an. Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß die von der StPO anerkannten Wiederaufnahmegründe vorwiegend Tatbestände sind, die im Bereich des Tatsächlichen liegen, sich nicht aus dem angefochtenen Urteil oder aus den Prozeßakten ergeben und zu deren Feststellung deshalb eine förmliche, oftmals zeitraubende und umfangreiche Beweisaufnahme notwendig ist. Die von der StPO vorgenommene Zweiteilung des Aufhebungsverfahrens in einen Abschnitt, der als Filter zur Ausscheidung von vorneherein ungeeigneter Wiederaufnahmeanträge wirkt, und in einen zweiten, der der Prüfung der tatsächlichen Grundlagen des Wiederaufnahmeantrags gewidmet ist, dient bei diesen Gegebenheiten der Prozeßökonomie und fördert Klarheit und Übersichtlichkeit des Verfahrens.

Ganz anders ist die Sachlage bei Wiederaufnahmeanträgen nach § 79 I BVerfGG: Der Wiederaufnahmewerber, der sich auf diese Vorschrift beruft, behauptet keine Tatsachen, deren Feststellung einer Beweisaufnahme bedürfte, sondern trägt unter Hinweis auf den als Akt negativer Rechtsetzung gerichtsbekannten Anlaß der Nichtigerklärung einer Norm die Rechtsansicht vor, ein ihn belastendes Erkenntnis beruhe auf dieser mit allseits bindender Wirkung<sup>196)</sup> für verfassungswidrig und nichtig erkannten Vorschrift. Das mit dem Wiederaufnahmegesuch befaßte Gericht ist dementsprechend ohne weiteres auf Grund seiner Rechtskenntnis und anhand der Akten in der Lage nachzuprüfen, ob die angefochtene Entscheidung auf einer für nichtig erklärten Norm beruht oder nicht<sup>197)</sup>, so daß der Sinn einer Beschränkung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags, wie sie bei den Wiederaufnahmegründen der StPO regelmäßig sinnvoll erscheint, hier entfällt. Angesichts dieses Umstandes besteht für das Wiederaufnahmegericht keine Veranlassung, einen Wiederaufnahmeantrag für zulässig zu erklären und damit einen ersten Schritt zur Beseitigung einer rechtskräftigen Entscheidung zu tun, sobald nur vorgetragen ist, diese beruhe auf einer (tatsächlich erfolgten) Nichtigerklärung<sup>198)</sup>

---

195) Eb. SCHMIDT § 368 Erl. 1; KM § 368 Anm. 2 (I); PETERS S. 540.

196) § 31 I BVerfGG.

197) Bei Nichtigerklärung formellrechtlicher Vorschriften teilweise anderer Ansicht KNESER AöR 89, 167, der den Begriff des Beruhens zu weit faßt; vgl. dazu im einzelnen unten S. 122 f.

198) So aber REIFF NJW 1960, 1559 und BRAUNS DRiZ 1963, 261.

oder sobald der Wiederaufnahmewerber gar nur Nichtigerklärung und Beruhen geltendmacht<sup>199)</sup>, wiewohl dies § 368 I StPO entsprache. Die Struktur des § 79 I 3 VerfGG verlangt, von dieser auf andere Voraussetzungen zugeschnittenen Regelung abzuweichen. Sie verbietet es, die Nachprüfung, ob die benannte Norm für nichtig erklärt worden ist und ob die angefochtene Entscheidung auf ihr beruht, einem eigenen Verfahrensabschnitt zu überlassen und als Frage der Begründetheit zu werten.

§ 79 I 3 VerfGG muß deshalb die Bedeutung zukommen, die sein Wortlaut nahelegt: Nichtigerklärung einer Norm und Beruhen des Wiederaufnahmeobjekts auf ihr sind Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht nur für die Durchbrechung der Rechtskraft selbst, sondern bereits des Wiederaufnahmeantrags<sup>200)</sup>. Sie müssen für das Gericht feststehen, wenn ein Wiederaufnahmeantrag nicht schon als unzulässig verworfen werden soll.

## 2. Identität der Voraussetzungen von Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags

Eine wichtige Folge des über den Umfang der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Wiederaufnahmeantrags Gesagten ist es, daß für sachliche Voraussetzungen, die nach Bejahung der Zulässigkeit im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu untersuchen wären, kein Raum bleibt<sup>201)</sup>. Es stellt dies eine dem Strafprozeßrecht sonst unbekannte Besonderheit und das ausgeprägteste Beispiel dafür dar, daß - wie schon für die Wiederaufnahmegründe der StPO betont wird - der in der Einteilung des Aufhebungsverfahrens zum Ausdruck kommenden getrennten prozessualen Behandlung von Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags letztlich keine klare und einheitliche sachliche Gliederung des zu prüfenden Stoffes entspricht, sondern daß anders als bei den ordentlichen Rechtsmitteln bereits im Zulässigkeitsprüfungsverfahren - vor allem bei § 359 Nr. 5 StPO - eine Reihe sachlicher Erfordernisse zu untersuchen ist<sup>202)</sup> und die Begründetheit des Antrags - etwa in Fällen des § 359 Nr. 3 StPO - bereits mit Bejahung seiner Zulässigkeit feststehen kann<sup>203)</sup>.

199) Abzulehnen deshalb auch OLG Hamm NJW 1962, 2265 (2266), das für die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags neben dem Beruhen die Behauptung der Nichtigkeit der betreffenden Norm genügen läßt.

200) OLG Bremen NJW 1962, 2169 (2170) und unv. Beschl. des OLG Hamburg vom 14.12.1962 - 1 Ws 431/62; vgl. auch KNESER AöR 89, 166.

201) Im Ergebnis ebenso OLG Bamberg NJW 1962, 2168 (2169) und KRÜGER HambJVBl 1962, 49.

202) KM § 368 Anm. 2 (I); PETERS S. 540.

203) LÖWE-R. § 370 Anm. 3a.

Abschließend sei zu diesem Punkt noch angemerkt, daß ungeachtet dieser Sonderstellung auch bei § 79 I BVerfGG neben einem Zulassungsbeschluß, der hier nach dem vorstehend Ausgeführten entscheidend an Gewicht gewinnt, nicht auf einen Beschluß über die Begründetheit verzichtet werden kann, da nach dem Gesetz dieser allein die Rechtskraft des angegriffenen Urteils zu beseitigen instande ist. Durch dieses ungeachtet des Zusammenfallens von Zulässigkeit und Begründetheit bestehende Erfordernis zweier Beschlüsse braucht es jedoch nicht zu verfahrensmäßigem Leerlauf zu kommen. Die Rechtsprechung<sup>204)</sup> gestattet nämlich eine äußere Verbindung dieser beiden, Zulässigkeit und Begründetheit eines Wiederaufnahmeantrags aussprechenden Beschlüsse, wenn eine solche Koppelung - wie gerade immer bei Verfahren nach § 79 I BVerfGG - den besonderen Umständen des Falles entspricht<sup>205)</sup>.

### Zusammenfassung

Am Ende des ersten Teils der Untersuchung über die Voraussetzungen einer Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 I BVerfGG ist als Ergebnis die Wesensverschiedenheit dieses - nur eine Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten des Angeklagten gestattenden - Wiederaufnahmegrundes von den Wiederaufnahmegründen der StPO und als Folge hiervon die nur stark eingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 359 ff StPO festzuhalten. Bedingt durch die Aufgabe des § 79 I BVerfGG, unerträgliche, verfassungsstörende Rechtsfehler zu beseitigen, können dabei als unterschiedsbegründende Hauptmerkmale herausgestellt werden:

1. der nur begrenzte Einfluß auf die tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung,
2. die besondere Durchschlagskraft dieses Wiederaufnahmegrundes in Form des Fehlens besonderer sachlicher, außerhalb des § 79 I BVerfGG selbst liegender Zulässigkeitsvoraussetzungen, und
3. eine bei den Wiederaufnahmegründen der StPO grundsätzlich unbekannte Identität der Voraussetzungen von Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags.

---

204) RGSt 35, 351 (352).

205) Die Bedenken von HENTIGS S. 226 gegen diese Verknüpfung wegen der in ihr liegenden Ausschaltung eines Rechtsmittels sind im Fall einer Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG von vorneherein unbegründet, weil sie immer nur zugunsten des Angeklagten stattfinden kann. Durch eine Verbindung der Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrags bejahenden Beschlüsse kann deshalb dem Angeklagten kein Rechtsmittel verloren gehen, sondern sich der Fortfall einer Beschwerdemöglichkeit immer nur zu seinen Gunsten auswirken.

## II. T E I L

### DIE VORAUSSETZUNGEN EINER WIEDERAUFNAHME GEMÄSS § 79 I BVerfGG IM EINZELNEN

#### 1. ABSCHNITT

#### Die Statthaftigkeit des Antrags: Objekte der Wiederaufnahme und Antragsberechtigung

Nach § 79 I BVerfGG ist die Wiederaufnahme des Verfahrens unter den dort weiter genannten Voraussetzungen gegen ein "rechtskräftiges Strafurteil" zulässig. Die Vorschrift nennt damit als geeigneten Gegenstand eines auf sie gestützten Wiederaufnahmeantrags nur dieselbe Gruppe strafrichterlicher Erkenntnisse, bei denen auch die §§ 359, 362 StPO eine Wiederaufnahme des Verfahrens für statthaft erklären, nämlich die auf Grund einer Hauptverhandlung ergangenen, die Instanz abschließenden Entscheidungen eines Strafgerichts. Aus dieser Fassung ergeben sich für den Problemkreis der Statthaftigkeit der auf § 79 I BVerfGG abgestellten Wiederaufnahmeanträge zunächst Fragen in zweifacher Richtung. Es gilt zu klären:

1. wie Urteile beschaffen sein müssen, um taugliches Objekt einer Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG sein zu können, und
2. ob auch in anderen Verfahrensarten als dem ordentlichen, ungekürzten Strafprozeß ergangene Entscheidungen ungeachtet bereits eingetretener Unanfechtbarkeit wegen Nichtigerklärung einer Norm, auf der sie beruhen, im Hinblick auf § 79 I BVerfGG angreifbar sind.

Wie oben S. 39 ff dargetan, will § 79 I BVerfGG nicht selbständig die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen bestimmen, sondern setzt voraus, daß für eine Entscheidung schon nach der für sie im allgemeinen maßgeblichen Verfahrensordnung eine Durchbrechung der Rechtskraft überhaupt vorgesehen ist. Demzufolge ist die erste Frage grundsätzlich nach den im allgemeinen Wiederaufnahmerecht der StPO geltenden Rechtssätzen zu beantworten, so daß sich hier eine Beschränkung der Ausführungen auf die knappe Wiedergabe der h. M. rechtfertigt. Nur soweit § 79 I BVerfGG in diesem Zusammenhang besondere Fragen aufwirft, sind eingehendere Erörterungen veranlaßt. Einer breiteren Untersuchung bedarf jedoch anschließend der Fragenkomplex, inwieweit unanfechtbar gewordene strafrechtliche und verwandte Entscheidungen außerhalb des ordentlichen, normalen Strafverfahrens unter dem Blickwinkel des § 79 I BVerfGG angegriffen werden können.

# I. STRAFURTEILE ALS OBJEKTE EINER WIEDERAUFNAHME NACH § 79 I BVerfGG

## 1. Das Erfordernis des Vorliegens eines rechtskräftigen Strafurteils

### a) Existenz eines Urteils

Es muß zunächst als Wiederaufnahmeobjekt überhaupt ein Urteil vorhanden sein. Deshalb kann gegen Entscheidungen, die von keinem regulären Gericht erlassen wurden und bei denen es damit an einem Urteil schlechthin fehlt (sog. Nichturteile), keine Wiederaufnahme stattfinden; ein entsprechender Wiederaufnahmeantrag wäre als unzulässig zu verwerfen.

Zweifelhaft und bestritten ist, ob "nichtige" Urteile, d.h. solche - freilich selten vorkommende - Entscheidungen in Urteilsform taugliche Wiederaufnahmeobjekte sind, die zwar im Gegensatz zu den Nichturteilen den äußersten Tatbestand eines Urteils aufweisen, denen aber derart schwere inhaltliche oder formelle Mängel anhaften, daß sie anders als die sonstigen fehlerhaften und hierwegen anfechtbaren Entscheidungen ohne sachliche Wirkung und strafprozessual nicht zu beachten sind <sup>206)</sup>. Eine logische Konsequenz dieser Eigenschaft wäre es, eine Wiederaufnahme gegenüber solchen Strafurteilen für unstatthaft zu erachten, weil keine sachlichen Urteilswirkungen vorhanden sind, die es im Wiederaufnahmewege zu beseitigen gälte <sup>207)</sup>. Die h. M. hält gleichwohl die Wiederaufnahme des Verfahrens auch gegenüber nichtigen Urteilen mit der zutreffenden Begründung für statthaft, der Betroffene habe ein berechtigtes Interesse daran, den immerhin vorhandenen äußeren Anschein, es liege ein ihn beeinträchtigender Staatsakt vor, in einem gerichtlichen Verfahren mit Hauptverhandlung zu beseitigen und nicht auf die Möglichkeit beschränkt zu bleiben, wegen der Nichtigkeit des Urteils im Vollstreckungsverfahren Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung zu erheben <sup>208)</sup>.

---

206) Zum Wesen des nichtigen Urteils, seinen Hauptbeispielen und der Abgrenzung zum Nichturteil vgl. vor allem HENKEL S. 307 und PETERS S. 407 f.

207) So Eb. SCHMIDT Vorb. 5 vor § 359; KM § 359 Anm. 7e und HENKEL a. a. O.

208) BayObLG bei AlsbE II Nr. 270c und OLG Köln ebenda Nr. 270d; LÖWE-R. Vorb. 2c vor § 359 mit weiteren Nachweisen.

## b) Rechtskraft der Entscheidung

Das mit dem Antrag auf Wiederaufnahme angefochtene Urteil muß rechtskräftig sein, darf also im Zeitpunkt der Stellung des Antrags nicht mehr durch ein ordentliches Rechtsmittel angegriffen werden können. Die meisdiskutierte Frage ist hier, ob das Verfahren bereits als ganzes abgeschlossen sein muß oder ob auch die Wiederaufnahme teilweise, z.B. nur im Schuldspruch, rechtskräftig abgeschlossener Verfahren statthaft ist. Die im Schrifttum als vorherrschend anzusehende Meinung<sup>209)</sup>, der auch einige oberlandesgerichtliche Entscheidungen gefolgt sind<sup>210)</sup>, bejaht dies unter Hinweis darauf, daß auf diese Weise manche überflüssige und der Rechtspflege abträgliche Mehrarbeit erspart werden könne, die entstände, wenn man noch über Rechtsfragen verhandeln müßte, obwohl das bisherige Verfahren an fehlerhaften Grundlagen gelitten habe und dies mit dem Wiederaufnahmeantrag geltend gemacht werde.

## 2. Sonstige Anforderungen

### a) Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik

Um taugliches Wiederaufnahmeobjekt sein zu können, muß das Urteil von einem deutschen Gericht erlassen worden sein<sup>211)</sup>. Dieses Erfordernis wird im allgemeinen damit begründet, die gegenseitige Unabhängigkeit der Staaten in der Ausübung der Strafjustiz schließe die Einwirkung deutscher Behörden auf ausländische Erkenntnisse aus, die mit der Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens verbunden wäre<sup>212)</sup>.

Im Fall der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach § 79 I BVerfGG tritt zu dieser zutreffenden allgemeinen Erwägung noch hinzu, daß ein ausländisches Strafurteil niemals auf einer vom BVerfG für nichtig erklärten Norm beruhen kann;

209) LÖWE-R. Vorb. 2a vor § 359; Eb. SCHMIDT Vorb. 6 vor § 359; PETERS S. 539; HENKEL S. 401; BAUER JZ 1952, 209; a. A. vor allem SCHWARZ-KL. Vorb. 3 vor § 359; KM § 359 Anm. 1b und DALCKE § 359 Anm. 1, die sich unzutreffenderweise auf BGH MDR 1953, 119 berufen.

210) OLG Braunschweig NJW 1950, 36; OLG Düsseldorf NJW 1951, 377; OLG Köln NJW 1953, 396; OLG Schleswig SchlHA 1953, 270; neuerdings OLG Frankfurt NJW 1965, 313.

211) Eb. SCHMIDT Vorb. 3 vor § 359; KM Vorb. 9 vor § 359; ebenso schon von KRIES S. 703 Fußn. 1; NEUMANN S. 9.

212) NEUMANN a. a. Ö.; Eb. SCHMIDT a. a. Ö.

Soweit ersichtlich, beschränkt sich das sog. internationale Strafrecht aller Staaten nämlich wie in der Bundesrepublik die §§ 3 ff StGB darauf, den Geltungsbereich der jeweiligen inländischen Strafrechtsnormen mit Bezug auf Straftaten zu bestimmen, die irgendwie geartete Auslandsbeziehungen aufweisen, und die Anwendungsvoraussetzungen für das jeweilige eigene Strafrecht festzulegen. Das führt im Gegensatz zur Anwendung der - wirkliche Kollisionsnormen enthaltenden - Regeln des Internationalen Privatrechts dazu, daß der Strafrichter eines bestimmten Staates immer nur sein nationales Strafrecht, der ausländische Strafrichter also nie deutsches Strafrecht anwendet mit der Folge, daß ein ausländisches Strafurteil nie auf einer deutschen Strafnorm beruhen kann. Andererseits kann aber das BVerfG selbstverständlich nur inländische Normen, genauer gesagt: Normen im Geltungsbereich des GG bzw. - wenn es sich um die Verfassungswidrigkeit von Landesrecht handelt - des sonstigen Bundesrechts für nichtig erklären, da bei allen anderen Vorschriften eine Kollision mit dem GG oder sonstigem Bundesrecht ausgeschlossen ist.

Dies gilt auch für Strafurteile sowjetzonaler und damit deutscher Gerichte. Mangels einer echten Kollisionsmöglichkeit mit Vorschriften des GG ist das BVerfG nicht in der Lage, sowjetzonale Strafnormen für nichtig zu erklären. Eine Besonderheit liegt nur insoweit vor, als es ständiger Praxis des BVerfG entspricht, auf Verfassungsbeschwerden wegen der Anerkennung und Vollstreckung sowjetzonaler Urteile durch Behörden der Bundesrepublik gemäß dem RIG gegebenenfalls die Unvereinbarkeit sowjetzonaler strafrechtlicher Bestimmungen mit der durch das GG geschaffenen freiheitlichen und rechtsstaatlichen Ordnung auszusprechen.

Bei der Erörterung, ob sich aus derartigen Entscheidungen des BVerfG etwas für die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme sowjetzonaler Strafverfahren nach § 9 I BVerfGG ergibt, sind zwei Fragen auseinanderzuhalten, nämlich erstens die, ob sich ein auf § 79 I BVerfGG gestützter Wiederaufnahmeantrag gegen ein sowjetzonalen Strafurteil selbst richten kann und zweitens die davon zu trennende, ob unter dem Gesichtspunkt des § 79 I BVerfGG eine Wiederaufnahme des vorstehend erwähnten, sich vor den Behörden der Bundesrepublik abspielenden Genehmigungsverfahrens nach dem RHG möglich ist.

Im Hinblick auf die Systematik des RHG ist die erste Frage für beide der hier denkbaren Fallgestaltungen zu verneinen und die Ungeeignetheit sowjetzonaler Urteile für eine auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahme festzustellen:

Das BVerfG kann zunächst die Unvereinbarkeit einer sowjetzonalen Norm mit der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik bereits festgestellt haben, bevor das auf ihr beruhende Urteil das nach dem RHG erforderliche Genehmigungsverfahren durchlaufen hat. Das hat zur Folge, daß einem gestellten Rechtsmittelersuchen im Genehmigungsverfahren der Erfolg versagt bleibt oder - praktisch

näherliegend - daß die mitteldeutschen Behörden von vorneherein Abstand davon nehmen, ein entsprechendes Ersuchen an die Bundesrepublik zu richten. Damit bedarf es aber keiner Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag eines Prozeßbeteiligten, da hier dann schon § 11 I RHG die Durchführung eines neuen Verfahrens in der Bundesrepublik von Amts wegen vorsieht und die daraufhin ergehende Entscheidung ohne Rücksicht auf ihren Inhalt für den Bereich der Bundesrepublik an die Stelle des früheren sowjetzonalen Urteils tritt <sup>213)</sup>.

Das Genehmigungsverfahren kann im Zeitpunkt der Feststellung des BVerfG bereits abgeschlossen sein. Auch in diesem Fall ist ein Wiederaufnahmeantrag gegen das sowjetzonale Urteil selbst ausgeschlossen. Wenn nämlich § 9 RHG beim Auftauchen neuer Gesichtspunkte nur die Möglichkeit einer neuen Entscheidung im Genehmigungsverfahren selbst vorsieht, so ist damit zugleich ausgesagt, daß ein unmittelbarer Angriff gegen das sowjetzonale Urteil ausgeschlossen sein soll. Führt freilich die neue Entscheidung im Genehmigungsverfahren zur Versagung der Vollstreckungsgenehmigung, so hat dies wiederum zur Folge, daß nach § 11 RHG von Amts wegen das Strafverfahren als solches neu aufzurollen ist und das ursprüngliche Urteil für den Bereich der Bundesrepublik beseitigt werden kann.

Das Problem des Einflusses der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Unvereinbarkeit sowjetzonomer Normen mit der rechtsstaatlichen Grundordnung der Bundesrepublik konzentriert sich sonach auf die zweite Frage, die eine eingehende Beantwortung im Rahmen der noch anzustellenden Untersuchung erfahren soll, ob und inwieweit § 79 I BVerfGG Wiederaufnahmeverfahren bei strafrechtlichen Entscheidungen zuläßt, die keine Urteile sind. Im vorliegenden Zusammenhang ist festzuhalten, daß Wiederaufnahmeanträge gemäß § 79 I BVerfGG nur gegen Urteile statt-  
haft sind, die von Gerichten der Bundesrepublik erlassen worden sind.

## b) Inhaltliche Anforderungen

Nach § 260 I und IV StPO kann ein Urteil Formalentscheidung oder Sachentscheidung sein. Es spricht im ersten Fall die Einstellung des Verfahrens aus; im zweiten Fall kann es - abgesehen von den wichtigsten Formen der Verurteilung und des Freispruchs - auf Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung, auf Absehen von Strafe <sup>214)</sup> oder auf Straffreierklärung <sup>215)</sup> lauten.

213) LÖWE-R. § 11 RHG Anm. 1.

214) Möglich in den Fällen der §§ 82, 89 III, 90 V, 90a VI, 90b III, 128 III, 129 V, 139 I, 157 I und II, 158 I, 173 V, 175 II, 311b I und 316a II StGB.

215) Vgl. §§ 199, 233 StGB.

Von ihrem Inhalt her gesehen kommen als Objekte eines Wiederaufnahmeantrags gemäß § 79 I BVerfGG sämtliche dieser Arten von Sachurteilen mit Ausnahme freisprechender Entscheidungen in Betracht. Diese Gruppe kann angesichts der einseitigen Richtung der Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG<sup>216)</sup> nicht zum Nachteil des Angeklagten und mangels geeigneter Beschwer<sup>217)</sup> auch nicht zu seinen Gunsten angefochten werden. Keiner besonderen Erwähnung bedarf die Statthaftigkeit von Anträgen gegenüber verurteilenden Erkenntnissen. Die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren bei Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung folgt aus § 359 Nr. 5 StPO und auch Urteile, in denen von Strafe abgesehen oder der Angeklagte für straffrei erklärt wurde, sind taugliche Wiederaufnahmeobjekte<sup>218)</sup>.

Unstatthaft ist hingegen die Wiederaufnahme eines durch Einstellung beendeten Verfahrens, die nach dem hier vertretenen, Vorschriften des Verfahrensrechts einschließenden Normbegriff<sup>219)</sup> denkbar wäre, da das prozessuale Einstellungsurteil nach § 260 III StPO der materiellen Rechtskraft entbehrt, die allein ein Wiederaufnahmeverfahren notwendig und zulässig macht<sup>220)</sup>.

### 3. Einfluß von Verfahrensbesonderheiten

Der Wiederaufnahme unterliegt ein Strafurteil sowohl, wenn es auf eine öffentliche Klage erlassen wurde, als auch dann, wenn es in einem Privatklageverfahren erging<sup>221)</sup>. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob dem Urteil eine Hauptverhandlung in Anwesenheit oder unter Abwesenheit des Angeklagten vorausgegangen war<sup>222)</sup>.

Für die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG gegenüber (Sach)urteilen, die in besonderen Verfahren im Sinne des Sechsten Buches der StPO ergingen, gilt folgendes:

Ein im Sicherungsverfahren (§§ 429a ff StPO) ergangenes Urteil kann im Wege

216) Siehe oben S. 36.

217) Siehe oben S. 41 f.

218) NEUMANN S. 14; KM § 359 Anm. 1a.

219) Siehe unten S. 111 ff.

220) KM Einleitung 14 Ae und Vorb. 5 vor § 359.

221) OLG Celle ZStW 43, 503; BayObLG DRZ 1930 Nr. 361; LÖWE-R. Vorb. 2b vor § 359; Eb. SCHMIDT Vorb. 11 vor § 359; NEUMANN S. 8.

222) NEUMANN a. a. O.

der Wiederaufnahme angegriffen werden <sup>223)</sup>. Das ergibt sich in gleicher Weise wie für das in einem gewöhnlichen Strafprozeß ergehende, eine Maßregel anordnende Urteil aus § 359 Nr. 5 StPO, da ein inhaltlicher Unterschied zwischen beiden Gruppen von Entscheidungen nicht besteht. Hingegen ist ein Antrag auf Wiederaufnahme gegenüber einem im objektiven Verfahren (§§ 430 ff StPO) ergangenen Urteil unstatthaft. Zu Recht weisen Rechtsprechung <sup>224)</sup> und die heute im Schrifttum absolut h. M. <sup>225)</sup> darauf hin, daß die Richtung dieses Verfahrens gegen eine Sache und das dadurch bedingte Fehlen eines Angeklagten sowie die in § 432 I StPO ausgesprochene Beschränkung der den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellten Angriffsmöglichkeiten auf Rechtsmittel Urteile im objektiven Verfahren nicht als taugliche Wiederaufnahmeobjekte erscheinen lassen.

#### 4. Bestimmung des Wiederaufnahmeobjekts bei Mehrinstanzlichkeit

Nach Feststellung der Eigenschaften, die ein Urteil aufweisen muß, um Gegenstand eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 79 I BVerfGG sein zu können, soll in diesem Kapitel noch der Frage nachgegangen werden, welches von mehreren in einem Verfahren ergangenen Urteilen als angegriffen gelten muß, die sich immer dann stellt, wenn ein Urteil nicht in erster Instanz rechtskräftig geworden ist, sondern das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren mehrere Instanzen durchlaufen hat. Das Schrifttum zum allgemeinen Wiederaufnahmerecht beantwortet sie in oft breit angelegter Kasuistik für die einzelnen denkbaren Fallgestaltungen, ohne zumeist ein tragendes Ordnungsprinzip herauszustellen, wie schon von HENTIG <sup>226)</sup> beklagt. Aus den dort für die einzelnen Teilfragen gegebenen Lösungen läßt sich jedoch als allgemein geltende sachgerechte Regel der Satz ableiten, daß immer das Urteil angefochten werden und im Fall der Begründetheit des Antrags das Verfahren der Instanz erneuert werden muß, deren Entscheidung als letzte von dem Umstand betroffen wird, der das Wiederaufnahmebegehren rechtfertigen soll <sup>227)</sup>. Danach muß im Fall des auf § 79 I BVerfGG gestützten Wieder-

---

223) LÖWE-R. § 429b Anm. 6b; KM Vorb. 4b vor § 429a u. § 429b Anm. 7.

224) OLG Neustadt NJW 1953, 1566; LG Zweibrücken NJW 1953, 1565.

225) LÖWE-R. § 432 Anm. 3c; Eb. SCHMIDT § 432 Erl. 9; SCHWARZ-KL. § 432 Anm. 2; DALCKE § 432 Anm. 2; ERBS § 432 Anm. II; mit Einschränkungen auch KM § 432 Anm. 3; a. A. HARTSTRANG NJW 1953, 1565 f und ein beträchtlicher Teil des älteren Schrifttums, vgl. NEUMANN S. 13 mit weiteren Nachweisen.

226) S. 214.

227) Vgl. NEUMANN S. 11. 125 f; LÖWE-R. § 367 Anm. 3a und 3b.

aufnahmeantrags bei Mehrinstanzlichkeit immer das Urteil derjenigen Instanz als angefochten gelten, die zuletzt die für nichtig erklärte Norm - ausdrücklich oder stillschweigend - angewendet hat,

Unter Anwendung dieses Grundsatzes gilt für auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahmeanträge in den einzelnen Fällen der Mehrinstanzlichkeit folgendes:

a) bei Verwerfung eines Rechtsmittels als unzulässig

Entscheidungen des Berufungs- oder Revisionsgerichts betreffend die Zulässigkeit der eingelegten Rechtsmittel können niemals Objekt eines auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie man den Begriff der Norm in dieser Bestimmung faßt. Wiederaufnahmeobjekt ist in diesen Fällen vielmehr immer das zuletzt ergangene Sachurteil. Steht man auf dem Standpunkt, daß unter Norm in § 79 I BVerfGG nur Vorschriften des materiellen Rechts zu verstehen sind, so ist es bereits begrifflich undenkbar, daß eine Berufung oder Revision als unzulässig verwerfende Entscheidung mit dem Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG behaftet ist, nämlich auf einer solchen für nichtig erklärten Vorschrift beruht. Will man den Begriff der Norm in § 79 I BVerfGG auch auf formellrechtliche Vorschriften erstrecken, so ist es zwar denkbar, daß eine für die Zulässigkeit von Berufung oder Revision ausschlaggebende Bestimmung betreffend Form und Frist der Rechtsmitteleinlegung verfassungswidrig ist. In praxi steht die Verfassungsmäßigkeit der hier einschlägigen §§ 296, 297, 298, 312, 313, 314, 341, 344 und 345 StPO jedoch völlig außer Zweifel, so daß auch bei einer weiten Auslegung des Normbegriffs die Möglichkeit des Beruhens der genannten Entscheidungen auf einer für nichtig erklärten Norm außer Betracht gelassen werden kann.

b) bei Sachentscheidungen des Berufungsgerichts

aa) Hat das Berufungsgericht in einem Verfahren eine Sachentscheidung zur Schuld- und Straffrage in der Form getroffen, daß es entweder die Berufung als unbegründet verworfen oder unter Aufhebung des Ersturteils in der Sache selbst neu entschieden hat, so ist Gegenstand eines auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags dieses Berufungsurteil und nie das Erkenntnis der unteren Instanz. Das gilt sowohl dann, wenn mit dem Wiederaufnahmeantrag die Nichtig-erklärung einer Norm des materiellen Rechts geltend gemacht wird, als auch bei Berufung auf die Nichtig-erklärung einer Vorschrift formellrechtlichen Charakters. Aus dem Wesen des Berufungsverfahrens als einer Instanz zur neuen und selbständigen Überprüfung der Schuldfrage folgt nämlich wie für die auf die §§ 359, 362

---

228) Siehe unten S. 109 ff.

StPO gestützten Wiederaufnahmeverfahren<sup>229)</sup> auch für einen Wiederaufnahmeantrag gemäß § 79 I BVerfGG, daß der Wiederaufnahmegrund (auch) im Berufungsverfahren liegt. Es ist dabei unerheblich, mit welcher Begründung Berufung eingelegt worden war, da der Umfang der vorgebrachten Berufungsgründe auf den Umfang der Überprüfung des erstinstanziellen Urteils keinen Einfluß haben darf, also etwa auch bei der bloßen Rüge eines bestimmten Verfahrensverstößes durch den Berufungsführer das Berufungsgericht das Verfahren im übrigen und die sachliche Rechtsanwendung zu untersuchen hat<sup>230)</sup>. Die Nichtberücksichtigung der Nichtigkeit einer Norm ist somit in jedem Fall ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts.

bb) Anders als bei Geltendmachung eines der Wiederaufnahmegründe der StPO gilt das unter aa) Gesagte auch immer dann, wenn dem Berufungsgericht ein Urteil nicht zur vollen Überprüfung vorgelegt, sondern die Berufung entsprechend der in § 318 StPO gegebenen Möglichkeit auf Beschwerdepunkte beschränkt worden war, die außerhalb des Schuldspruchs lagen, sofern die Norm, deren Nichtigkeit im Wiederaufnahmewege geltend gemacht wird, dem materiellen Recht angehört<sup>231)</sup>.

Auf den ersten Blick scheint es freilich so, als müsse bei Beschränkung der Berufung auf den Strafausspruch - sei es im ganzen, sei es lediglich in bezug auf einen Nebenpunkt - immer das erstinstanzliche Urteil Wiederaufnahmeobjekt sein, weil die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm in den Bereich der Schuldfrage fällt, diese aber infolge der bereits eingetretenen Teilrechtskraft jeder Abänderung unzugänglich sei<sup>232)</sup>, der Wiederaufnahmegrund also nur im Verfahren der Vorinstanz liegen könne. Eine solche Betrachtungsweise stünde jedoch in Widerspruch zu den zur Frage der Beschränkbarkeit von Rechtsmitteln entwickelten Grundsätzen. Nach h.L. und Rspr. erschöpft sich dieses Problem nämlich nicht darin, daß eine Beschränkung nur insoweit beachtlich ist, als der angefochtene Entscheidungsteil von der übrigen Entscheidung logisch und juristisch-begrifflich abtrennbar ist. Über dieses Erfordernis hinaus wird überwiegend verlangt, daß dem Richter der Rechtsmittelinstanz immer "die Möglichkeit einer auf Wahrheit beruhenden, gerechten Sachentscheidung aufrechterhalten bleibt"<sup>233)</sup>.

Als Folge davon bindet die Beschränkung der Berufung auf die Straffrage oder gar

229) Vgl. dazu LÖWE-R. § 367 Anm. 3b.

230) LÖWE-R. § 328 Anm. 4b.

231) Zur Rechtslage bei den Wiederaufnahmegründen der StPO vgl. LÖWE-R. § 367 Anm. 3b und Eb. SCHMIDT § 367 Erl. 4c.

232) OLG Hamm NJW 1954, 613.

233) Eb. SCHMIDT § 318 Erl. 44; im gleichen Sinne von HIPPEL S. 579; PETERS S. 389 ff; LÖWE-R. § 318 Anm. 5; SPENDEL ZStW 67, 556 ff.

nur auf einen Teil derselben das Berufungsgericht lediglich an die dem Schuld-spruch vom Vorderrichter zugrunde gelegten tatsächlichen Feststellungen und an dessen Rechtsauffassung, durch den festgestellten Sachverhalt werde der Tatbe-stand des angewendeten Strafgesetzes erfüllt. Im einzelnen ist hier zwar vieles strittig. Einigkeit besteht jedoch darüber, daß auch bei einer Berufungsbeschrän- kung die Berufungsinstanz unter anderem gehalten bleibt zu prüfen, ob überhaupt auf Grund eines gültigen und d. h. auch auf Grund eines verfassungsmäßigen Ge- setzes verurteilt worden ist <sup>234)</sup>. Daraus ergibt sich, daß der als Wiederaufnahme- grund geltend gemachte Rechtsfehler der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm des materiellen Rechts nicht nur dem Urteil der Instanz anhaftet, in der die Rechtskraft des Schuldspruchs eintrat, sondern auch dem Berufungsurteil zur Straffrage innewohnt, da die Beschränkung des Rechtsmittels die Berufungsrichter nicht der Prüfung entthob, ob das beschränkt angefochtene Urteil überhaupt auf eine verfassungsmäßige Norm gestützt worden war <sup>235)</sup>.

Anderes gilt jedoch dann, wenn die Norm, deren Nichtigerklärung als Wiederauf- nahmegrund vorgetragen wird, dem formellen Recht angehört. Die Ordnungsmä- ßigkeit des Verfahrens gehört nämlich nicht zu den Gegenständen, die das Beru- fungsgericht trotz Beschränkung der Berufung auf Punkte außerhalb der Schuldfrage einer Prüfung unterziehen muß. Dementsprechend kann hier das Berufungsurteil, das auf eine beschränkte Berufung hin ergangen ist, nur dann Wiederaufnahme- objekt sein, wenn die für nichtig erklärte Norm verfahrensrechtlicher Art im Berufungsverfahren selbst zur Anwendung gelangte.

cc) Eine Sonderstellung unter den Sachentscheidungen des Berufungsgerichts nehmen die Urteile ein, die in den Fällen des § 328 II und III StPO unter Aufhe- bung des Ersturteils eine Sache zurück- bzw. an das zuständige Gericht weiter- verwiesen haben. Solche Verweisungsurteile können, da sie Zwischenentschei- dungen und nur Anlaß, nicht aber Basis eines neuen Urteils der Vorinstanz sind <sup>236)</sup>, nie mit der Wiederaufnahme angegriffen werden <sup>237)</sup>. Als Wiederaufnahmeobjekt eignen sich vielmehr nur die neuen Urteile, die infolge der Zurückverweisung er- gehen.

234) RGSt 22, 213 (217); KG JW 1932, 1774; BayObLGSt 1953, 263 und 1954, 160; OLG Stuttgart NJW 1962, 2118; LÖWE-R. a. a. O.; Eb. SCHMIDT § 318 Erl. 46; SPENDEL ZStW 67, 561; SARSTEDT JR 1955, 152 und MÜLLER NJW 1955, 642.

235) Ebenso OLG Bremen NJW 1962, 2170.

236) NEUMANN S. 12, 128 f.

237) OLG Hamm HEst 1, 216; von KRIES S. 710; NEUMANN a. a. O.; LÖWE-R. § 367 Anm. 3a; Eb. SCHMIDT § 367 Erl. 6; KM § 367 Anm. 2; SCHWARZ-KL. § 367 Anm. 1 B.

### c) bei Sachentscheidungen des Revisionsgerichts

aa) Revisionsurteile können nur in Ausnahmefällen (§§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO) Gegenstand eines "klassischen" Wiederaufnahmeverfahrens sein, weil die hauptsächlich auf Mängel bei den tatsächlichen Feststellungen zugeschnittenen Wiederaufnahmegründe der StPO zumeist nicht dem Revisionsverfahren anhaften. Wird nach Ergehen eines Sachurteils in der Revisionsinstanz entweder in Form der Verwerfung des Rechtsmittels als unbegründet oder in Form einer Entscheidung in der Sache selbst eine Wiederaufnahme des Verfahrens unter dem Aspekt des § 79 I BVerfGG erstrebt, so ist dies anders, da oftmals der als Wiederaufnahmegrund geltend gemachte Umstand der Anwendung einer nichtigen Norm (auch) dem Revisionsverfahren innewohnt.

Eine so einfache Regel wie für die Wiederaufnahme eines nur bis in die Berufungsinstanz gediehenen Verfahrens läßt sich hier freilich nicht gewinnen. Das hat seinen Grund darin, daß die Prüfung des mit der Revision angefochtenen Urteils nicht nur wie im Berufungsverfahren durch die Anträge des Rechtsmittelführers, sondern auch noch nach Maßgabe des § 344 II StPO durch den Umfang der Revisionsbegründung begrenzt ist. Eine Überprüfung der Anwendung des sachlichen Rechts auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt findet nur statt, wenn der Revisionsführer behauptet, das materielle Recht sei durch das angefochtene Urteil verletzt; sie beschränkt sich dann allerdings nicht auf einzelne vom Revisionsführer geltend gemachte Punkte, sondern erfaßt das Urteil in sachlichrechtlicher Beziehung im ganzen. Die Einhaltung von Verfahrensvorschriften wird nur geprüft, wenn neben der Behauptung der Verletzung des Verfahrensrechts die konkreten Tatsachen angeführt werden, in denen die Rechtsverletzung enthalten sein soll; die Prüfung greift hierbei nur soweit Platz, wie die zulässig erhobene Verfahrensrüge reicht.

Daraus erhellt, daß die Beantwortung der Frage, ob der Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG dem Revisionsverfahren oder dem der Vorinstanz anhaftet, einmal davon abhängt, ob die für nichtig erklärte Norm dem formellen oder dem materiellen Recht angehört, und zum anderen davon, in welchem Umfang eine Revisionsrüge erhoben worden war.

a) Wird mit dem Wiederaufnahmeantrag die Nichtigkeitserklärung einer Norm des materiellen Rechts geltend gemacht, so ist das Revisionsurteil immer dann angefochten, wenn - sei es ausschließlich, sei es neben einer oder mehreren Verfahrensrügen - mit der Revision im Erstprozeß die Verletzung materiellen Rechts gerügt worden war.

b) Behauptet der Wiederaufnahmewerber, seine Verurteilung in dem bis in die Revisionsinstanz gelangten Verfahren beruhe auf einer Norm des formellen Rechts,

die für nichtig erklärt wurde, so ist zunächst das Revisionsurteil dann Wiederaufnahmeobjekt, wenn die für nichtig erklärte Norm im Revisionsverfahren selbst zur Anwendung gelangte. Bei Anwendung der für nichtig erklärten Vorschrift formell-rechtlicher Natur in der Vorinstanz ist daneben das Revisionsurteil nur als angefochten anzusehen, wenn der Revisionsführer gerade die Anwendung dieser Norm formellrechtlichen Charakters wegen ihrer Verfassungswidrigkeit als Verstoß gegen eine Vorschrift des Verfahrens mit seiner Revision gerügt hat, was selten vorkommen dürfte. Nur in diesem Fall hatte das Revisionsgericht nämlich die Gültigkeit der betreffenden Vorschrift prüfen müssen, da ja nach § 352 I StPO bei Rügen des Verstoßes gegen das Verfahren betreffende Normen der Prüfung des Revisionsgerichts nur diejenigen "Tatsachen" unterliegen, die bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet werden, während das übrige Verfahren - abgesehen vom Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen - unerörtert bleibt.

bb) Für den Fall der Beschränkung der Revision auf bestimmte Beschwerdepunkte ergibt sich, da für die Frage der Beachtlichkeit einer Revisionsbeschränkung dasselbe wie für die Beschränkbarkeit der Berufung gilt <sup>238)</sup>, die Lösung aus einer Kombination der oben unter b, bb) und unter c, aa) gemachten Darlegungen;

Ist die für nichtig erklärte Norm eine materiellrechtliche, so liegt der Wiederaufnahmegrund im Revisionsverfahren, wenn zur Begründung der beschränkten Revision Sachrüge erhoben war <sup>239)</sup>. Gehört die für nichtig erklärte Norm dem formellen Recht an, so ist ein Wiederaufnahmeantrag gegen das Revisionsurteil als solches nur möglich, wenn die Vorschrift im Revisionsverfahren selbst angewendet worden war. In allen anderen Fällen ist nach einem beschränkten Revisionsverfahren das Urteil der Vorinstanz Wiederaufnahmeobjekt.

cc) Wird auf die Revision hin nach § 354 II StPO das Urteil des unteren Gerichts aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, so scheiden diese Revisionsurteile als Wiederaufnahmeobjekte aus; es gelten hier die oben unter b, cc) gemachten Ausführungen sinngemäß.

dd) Im Rahmen der Sachentscheidungen der Revisionsgerichte erwächst noch eine Schwierigkeit aus § 349 II StPO, der es gestattet, eine Revision nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß zu verwerfen, wenn das Revisionsgericht sie ein-

---

238) LÖWE-R. § 344 Anm. 1b; Eb. SCHMIDT § 352 Erl. 3.

239) Es ist auch denkbar, daß zur Begründung einer auf die Straffrage beschränkten Revision nur die Verfahrensrüge erhoben wird, vgl. LÖWE-R. § 344 Anm. 1a a.E.

stimmig für offensichtlich unbegründet hält. Damit stellt sich die Frage, ob auch ein solcher Revisionsverwerfungsbeschuß ungeachtet des klaren Wortlauts der Überschrift des Vierten Buches der StPO und der §§ 359, 362 StPO unter den oben unter aa) und bb) genannten Voraussetzungen Objekt einer von § 79 I BVerfGG ausgehenden Wiederaufnahme sein kann.

Das OLG Hamburg <sup>240)</sup> hat dies bejaht. Es stützt sich dabei auf eine Entscheidung des OLG Braunschweig <sup>241)</sup> zu § 349 III StPO a.F. <sup>242)</sup>, die beiläufig ausspricht, daß auch Beschlüsse nach § 349 II StPO Wiederaufnahmeobjekte sein könnten, weil es nicht angehe, einen Angeklagten auf den Gnadenweg zu verweisen, nur weil die verfahrensabschließende Sachentscheidung <sup>243)</sup> als Beschluß und nicht in Urteilsform erging. Das OLG Hamburg glaubt weiter, den Erläuterungen bei KM eine Bestätigung seiner Ansicht entnehmen zu können. Richtig verstanden beweisen die angezogenen Stellen <sup>244)</sup> und eine weitere Anmerkung <sup>245)</sup>, daß KM eine gegenteilige Ansicht vertreten, nämlich wie LÖWE-R. <sup>246)</sup> auf dem Standpunkt stehen, die Wiederaufnahme des Verfahrens gegenüber Revisionsverwerfungsbeschlüssen im Sinne von § 349 II StPO sei grundsätzlich unstatthaft und nur dann ausnahmsweise statthaft, wenn die Amtspflichtverletzung eines Revisionsrichters nach §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO als Wiederaufnahmegrund geltend gemacht werde (was bei der Ausrichtung der §§ 359, 362 StPO auf Mängel der Urteilsgrundlagen tatsächlicher Art der einzige Fall ist, in dem der Verwerfung einer Revision als unbegründet ein "klassischer" Wiederaufnahmegrund anhaften kann).

Die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG gegenüber Beschlüssen nach § 349 II StPO wird weder von diesen Autoren noch sonst im strafprozessualen Schrifttum diskutiert. Sie muß verneint werden, da die Dinge für den Wiederaufnahmewerber bei der Amtspflichtverletzung eines Revisionsrichters entscheidend anders liegen als bei Anwendung einer für nichtig erklärten Norm durch das Revisionsgericht:

240) Beschl. vom 14.12.1962 - 1 Ws 431/62; Leitsatz abgedruckt in MDR 1963, 240.

241) NJW 1950, 36.

242) Der durch Art. 3 Nr. 147 VereinHG abgeschaffte § 349 III StPO a.F. lautete: "Der Revision kann durch Beschluß stattgegeben werden, wenn das Gericht einstimmig das Rechtsmittel für offensichtlich begründet erklärt".

243) Vgl. dazu BGH NJW 1955, 1766 und neuerdings NJW 1962, 818.

244) § 349 Anm. 4d und § 367 Anm. 3.

245) § 359 Anm. 1a.

246) Vorb. 2c vor § 359 und § 367 Anm. 3a.

Hat sich ein Revisionsrichter einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht, die nach §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO einen Wiederaufnahmegrund bildet, so besteht ein praktisches Bedürfnis dafür, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes eine Wiederaufnahme auch gegen in Beschlußform ergangene Sachentscheidungen nach § 349 II StPO zuzulassen. Da eine Wiederaufnahme gegen das vorangegangene tatrichterliche Urteil entfällt, weil diesem ja der Mangel nicht anhaftet, bestünde andernfalls für den Verurteilten keine Möglichkeit, mit Hilfe eines gerichtlichen Verfahrens gegen seine auf solchem Wege rechtskräftig gewordene Verurteilung vorzugehen, sondern er müßte auf den Gnadenweg verwiesen werden. Hinzu kommt noch, daß § 349 II StPO wie der die beschlußmäßige Verwerfung einer Revision als unzulässig gestattende § 349 I StPO eine Kannvorschrift ist. Dem Revisionsgericht steht es also frei, ob es, wenn es einstimmig zu der Auffassung gelangt, eine Revision sei offensichtlich unbegründet, die danach veranlaßt erscheinende Sachentscheidung in Form eines Urteils oder eines Beschlusses erlassen will. Würde man nun in den Fällen der Amtspflichtverletzung eines Revisionsrichters keine Ausnahme von dem Grundsatz zulassen, daß Beschlüsse nicht Objekte eines Wiederaufnahmeantrags sein können, so hätte dies zur weiteren Folge, daß die Revisionsrichter und damit auch derjenige, in dessen Person und Verhalten der Wiederaufnahmegrund liegt, durch entsprechende Wahl der Entscheidungsform über Möglichkeit und Unmöglichkeit einer Wiederaufnahme entscheiden könnten. Ein solches Ergebnis wäre in der Tat untragbar und schafft die Notwendigkeit sowie eine Rechtfertigung dafür, daß sich eine auf §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO gestützte Wiederaufnahme auch gegen einen Revisionsverwerfungsbeschluß gemäß § 349 II StPO richten kann.

Diese Überlegungen vermögen aber im Fall des § 79 I BVerfGG gerade keine Geltung zu beanspruchen. Wird nämlich eine Revision unter Anwendung einer verfassungswidrigen Norm als offensichtlich unbegründet verworfen, so hat dies notwendigerweise zur Voraussetzung, daß auch das Urteil des Vorderrichters, gegen das erfolglos Revision eingelegt worden war, an ebendiesem Rechtsfehler krankt. Der rechtskräftig Verurteilte hat in solchen Fällen also schon eine Wiederaufnahmemöglichkeit gegenüber einer in Urteilsform ergangenen Sachentscheidung, so daß keine Notwendigkeit besteht, unter Schaffung einer weiteren Ausnahme Revisionsverwerfungsbeschlüsse nach § 349 II StPO auch dann als taugliche Objekte von Wiederaufnahmeverfahren anzusehen, wenn diese von § 79 I BVerfGG ihren Ausgang nehmen.

Die Statthaftigkeit entsprechender Anträge muß deshalb verneint werden. Objekt der Wiederaufnahme muß im Fall des Verfahrensabschlusses nach § 349 II StPO das Urteil sein, gegen das Revision eingelegt worden war.

## II. STRAFRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN ANDERER ART ALS OBJEKTE EINER WIEDERAUFNAHME NACH § 79 I BVerfGG

### 1. Strafbefehle

Ob gegen einen rechtskräftigen Strafbefehl die Wiederaufnahme des Verfahrens im allgemeinen, d.h. bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes der §§ 359 und 360 StPO, zulässig ist, wird im das geltende Recht von § 373a StPO<sup>247</sup> bejahrt, der insoweit ausdrücklich eine entsprechende Anwendung der §§ 359 - 360 StPO anordnet. M.L.<sup>248</sup> und Rechtsprechung<sup>249</sup> leiten aus dieser Bestimmung auch die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen nach § 79 I BVerfGG gegenüber rechtskräftigen Strafbefehlen ab. Sie gehen dabei stillschweigend davon aus, daß sich die Verweisung in § 79 I BVerfGG auf die Vorschriften der StPO auch auf § 373a StPO bezieht<sup>250</sup>. Wie oben S. 42 ff dargelegt worden ist, verweist § 79 I BVerfGG jedoch nur auf die Bestimmungen des allgemeinen Wiederaufnahmeverfahrens, die das Wiederaufnahmeverfahren zum Gegenstand haben. § 373a StPO ist nun aber eine Norm, die sich in erster Linie mit der sachlichen Wiederaufnahmeporaussetzung der Statthaftigkeit befaßt, da sie zunächst ausspricht, wogegen überhaupt ein Wiederaufnahmeantrag in Betracht kommt. Die Vorschrift kann somit für sich genommen nicht als hinreichende Begründung für die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG bei Strafbefehlen angesehen werden.

Auszugehen ist vielmehr von § 79 I BVerfGG selbst. Da der Begriff "Strafbefehl" außerhalb der Grenzen des möglichen Wortsinns von "Strafurteil" liegt, kommt die Einbeziehung dieser Entscheidungsgattung in den Geltungsbereich der Vorschrift nicht mehr im Wege ausdehnender Auslegung, sondern nur mit Hilfe ihrer analogen Anwendung in Betracht<sup>251</sup>.

Ob die Voraussetzungen für eine solche Analogie gegeben sind, derzufolge § 79 I BVerfGG auf rechtskräftige Strafbefehle anwendbar ist, läßt sich nur aus Sinn und Zweck dieser Bestimmung beantworten. Wie erörtert, dient § 79 I BVerfGG der Verwirklichung des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit, das durch ein verfas-

247) In die StPO eingefügt durch Art. 3 Nr. 158 VereinHG.

248) GEIGER § 79 Anm. 2 und DRiZ 1951, 175; PREISER NJW 1962, 847; CREIFELDS JR 1962, 364; BAHLMANN MDR 1963, 543; KNESER AöR 89, 170; a. A. aber RÖHL NJW 1960, 180.

249) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; AG Stuttgart NJW 1963, 458.

250) So ausdrücklich GEIGER DRiZ 1951, 175.

251) ENGISCH Einführung S. 146, 149; LARENZ S. 259 f.

sungswidriges Strafurteil im Hinblick auf den ihm innewohnenden Schuldvorwurf empfindlicher verletzt wird als durch eine verfassungswidrige Entscheidung nicht strafrechtlichen Charakters, und zugleich der Beseitigung eines fehlerhaften Staatsaktes, an der die Öffentlichkeit aus ebendemselben Grund der herausragenden Bedeutung strafrechtlicher Erkenntnisse ein besonderes Interesse hat. § 79 I BVerfGG muß demzufolge dann auf rechtskräftige Strafbefehle entsprechende Anwendung finden, wenn die für den Betroffenen von einem rechtskräftigen Strafbefehl ausgehende Rechtsbeeinträchtigung der sich aus einem rechtskräftigen Strafurteil ergebenden annähernd gleichzustellen ist und die verfassungsmäßige Ordnung durch die Existenz eines auf eine verfassungswidrige Bestimmung gestützten Strafbefehls eine Störung erfährt, die der durch ein verfassungswidriges Urteil geschaffenen entspricht.

Der Strafbefehl ist richterliche Sachentscheidung wie das Strafurteil. Rechtskräftig geworden, entfaltet er nach § 410 StPO - jedenfalls, was im vorliegenden Zusammenhang ausschlaggebend ist, in *malam partem*<sup>252)</sup> - dieselben Wirkungen wie ein rechtskräftiges Strafurteil, das an seiner Stelle ergangen wäre. Insbesondere ist die in ihm verhängte Strafe nach allgemeinen Regeln registerpflichtig und rückfallbegründend. Das Strafbefehlsverfahren ist somit ein echtes, eigentliches Strafverfahren und nicht irgendeine andere Erscheinung der Strafrechtspflege<sup>253)</sup>. Die Rechtsbeeinträchtigung durch eine Verurteilung mittels Strafbefehl, der auf einer für nichtig erklärten Norm beruht, und die hierin liegende Störung der verfassungsmäßigen Ordnung stehen also denen eines entsprechenden Urteils nicht nach. Dieser Gleichwertigkeit trägt auch § 373a StPO Rechnung. Demgegenüber gibt der Umstand, daß mit Strafbefehlen nur Vergehen und Übertretungen gesühnt werden können und hierbei dem Amtsrichter lediglich eine Strafgewalt bis zu drei Monaten Freiheitsstrafe zukommt<sup>254)</sup>, für eine ernstliche Unterscheidung nichts her. Ein Unterschied wäre dann zu diskutieren, wenn die Bagatellkriminalität ausschließlich im Wege eines vom üblichen Strafprozeß abweichenden summarischen Verfahrens geahndet würde. Solange hier aber Normal- und summarisches Verfahren gleichberechtigt nebeneinander bestehen und das Wie des Verfahrens nur von verschiedenen Zufälligkeiten, vor allem dem staatsanwaltschaftlichen Ermessen, abhängt, kann es nicht darauf ankommen, daß im Straf-

---

252) Die Rechtskraftwirkung des Strafbefehls zugunsten des Verurteilten wird von der Rechtsprechung seit jeher - nunmehr mit Billigung des BVerfG (E 3, 248) - eingeschränkt; so schon RGSt 4, 234; zuletzt etwa BGHSt 9, 10 und 18, 141. Zum ganzen eingehend HELLMER JuS 1963, 311 ff.

253) Ganz h.L.; vgl. insbesondere Eb. SCHMIDT Vorb. 9 vor § 407 StPO; SCHORN S. 21 mit weiteren Nachweisen.

254) Vgl. im einzelnen § 407 II StPO.

befehlsverfahren nur bestimmte Deliktgruppen abgeurteilt werden können. Entscheidend ist vielmehr, daß in solchen Fällen für ein bestimmtes inkriminiertes Verhalten nicht nur der Weg des Strafbefehls offensteht.

Das LG Hagen <sup>255)</sup> meint demgegenüber, dem Charakter des § 79 I BVerfGG als Ausnahmenvorschrift entnehmen zu müssen, daß er erweiternder Auslegung oder Analogie nicht zugänglich sei und führt gegen eine solche Möglichkeit daneben die Entstehungsgeschichte der Bestimmung an: Wenn schon allgemein die Bedeutung des BVerfGG als eines Verfassungsgesetzes im materiellen Sinn gegen ein Redaktionsversehen bei der Wahl des Ausdrucks "Strafurteil" und für ein bewußtes Schweigen hinsichtlich anderer Entscheidungsarten spreche, so trete im konkreten Fall noch hinzu, daß sich der Gesetzgeber des BVerfGG wenige Monate zuvor anläßlich der Beratungen zum VereinHG mit der Frage des Wiederaufnahmeverfahrens bei Strafbefehlen im allgemeinen zu befassen gehabt habe <sup>256)</sup> und deshalb diesen Punkt im Rahmen des § 79 I BVerfGG praktisch nicht außer acht habe lassen können.

§ 79 I BVerfGG ist in der Tat eine Ausnahmenvorschrift, nämlich von dem Grundsatz, daß der nachträgliche Wegfall einer Norm auf ihr gründende Hoheitsakte in ihrem Bestand unberührt lassen solle. Die als bequemes Argument beliebte Pandektenregel "Singularia non sunt extendenda", auf die sich das LG offenbar bezieht, gibt aber nicht mehr als eine höchst oberflächliche Auslegungsregel ab, die in ihrer Allgemeinheit nicht richtig ist <sup>257)</sup>. HECK <sup>258)</sup> spricht von ihr sogar als von einer Formel, die wie keine zweite "so viel Unheil angerichtet und so viel verfehlte Erkenntnisse vermittelt hat". Es kommt vielmehr darauf an, ob ein bestimmter, von einer Ausnahmenvorschrift nur bei extensiver Auslegung oder dem Wortlaut nach gar nicht erfaßter Sachverhalt vom Grundgedanken der Ausnahmenvorschrift erfaßt wird. Trifft dies zu, so steht einer extensiven Interpretation und auch einer Analogie nichts im Wege <sup>259)</sup>. Was den Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes betrifft, so lehrt ein Blick in die Protokolle des Rechtsausschusses, daß entgegen der Meinung des LG die Frage der Einbeziehung von Strafbefehlen zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der Diskussionen um § 79 BVerfGG war.

255) DAR 1963, 220.

256) Das BVerfGG ist vom 12.3.1951; das VereinHG vom 12.9.1950.

257) BARTHOLOMEYZCIK S. 112 f; ENGISCH Einführung S. 104 und 147 f; LARENZ S. 260 f; LEHMANN S. 34.

258) AcP 112, 186.

259) ENGISCH Einführung S. 148; LARENZ S. 260 f.

Erst recht vermag ein weiteres Argument des LG nicht zu überzeugen, das die Beschränkung der Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG auf Strafurteile aus einem Vergleich mit der Fassung des § 79 II BVerfGG folgern will, weil dort von "Entscheidungen im übrigen" die Rede sei, zu denen eben auch rechtskräftige Strafbefehle zählten, § 79 I BVerfGG will nicht eine bestimmte Gruppe hoheitlicher Entscheidungen um ihrer äußeren Form willen von der allgemeinen Regelung in § 79 II BVerfGG ausnehmen, sondern wegen ihres sowohl für den Betroffenen als auch für die Allgemeinheit besonderen Inhalts. Wenn das Gesetz von "Entscheidungen im übrigen" spricht, so sind damit nur alle außerstrafgerichtlichen Erkenntnisse gemeint. Mehr kann dieser Gegenüberstellung nicht entnommen werden.

Es ist mithin angesichts der Gleichwertigkeit von Strafurteil und Strafbefehl unter den entscheidenden Gesichtspunkten davon auszugehen, daß auch letzterer Gegenstand eines auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags sein kann.

## 2. Strafverfügungen

Umstritten ist in Rechtsprechung und Literatur, wie es mit der Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 79 I BVerfGG bei rechtskräftig gewordenen Strafverfügungen steht <sup>260)</sup>. Das hat seinen Grund darin, daß hier der Anhaltspunkt einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für das allgemeine Wiederaufnahmerecht, wie er in § 373a StPO für den Strafbefehl vorhanden ist, fehlt und sich bis heute keine einhellige oder auch nur erkennbar vorherrschende Meinung dazu gebildet hat, ob die Strafverfügung hinsichtlich der Strafhaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren dem Strafbefehl gleichzustellen ist <sup>261)</sup>.

260) Bejahend: OLG Bamberg NJW 1962, 2168; AG Stuttgart NJW 1963, 458; SCHWARZ-KL. § 358 Anm. 7; PREISER NJW 1962, 847; HANS BB 1962, 781; CREIFELDS JR 1962, 364; BAHLMANN MDR 1963, 543; wohl auch GEIGER § 79 Anm. 2 und LECHNER § 79 I; verneinend: LG Hagen DAR 1963, 220; RÖHL NJW 1960, 180; HOEGEN Die Justiz 1960, 29; KNESER AöR 89, 170.

261) Dies bejahen AG Landsberg NJW 1961, 134 mit zust. Anm. von RUTKOWSKY; LG Wiesbaden NJW 1964, 510; AG Garstedt NJW 1964, 2438; LÖWE-R. Vorb. 2c vor § 359; KM § 373a Anm. 2a; SCHWARZ-KL. § 373a Anm. 1; SCHORN S. 169 f; BOTH JZ 1958, 530; a. A. LG Kassel NJW 1958, 1104; LG Hamburg MDR 1963, 336; Eb. SCHMIDT Vorb. 1 vor § 359 und § 373a Erl. 4; DALCKE § 373a Anm. 1; ERBS § 359 Anm. II und PETERS S. 539.

Von der Frage, ob beim Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes der StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen eine unanfechtbar gewordene Strafverfügung zulässig ist, muß aber ausgegangen werden. Denn wenngleich als Folge der nur beschränkten Verweisung in § 79 I BVerfGG auf die §§ 359 ff StPO zwar nicht aus der Möglichkeit der allgemeinen Wiederaufnahme gegenüber einer bestimmten Kategorie von Entscheidungen die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG geschlossen werden darf, so ist doch umgekehrt nach dem oben S. 39 ff Gesagten eine solche Regelung im allgemeinen Wiederaufnahmerecht Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verfahrens nach § 79 I BVerfGG <sup>262)</sup>.

BOTH <sup>263)</sup> glaubt die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme gegenüber Strafverfügungen bei unbefangener Auslegung der §§ 359, 413 IV und 410 StPO bereits diesen Bestimmungen entnehmen zu können: Wenn nach § 413 IV, 410 StPO der nicht mehr mit Einspruch angreifbaren Strafverfügung die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zukomme und nach § 359 StPO unter den dort genannten Voraussetzungen die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zulässig sei, so folge daraus die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme gegen rechtskräftig gewordene Strafverfügungen. Dem naheliegenden Einwand, daß bei dieser Betrachtungsweise § 373a StPO überflüssig sei <sup>264)</sup>, begegnet BOTH mit dem Hinweis, § 373a StPO sei in der Tat nur klarstellender Natur, habe jedoch rechtshistorisch eine Berechtigung, da er einen jahrzehntelangen, freilich unbegründeten Streit darüber beenden sollte, ob gegen einen rechtskräftigen Strafbefehl die Wiederaufnahme statthaft sei.

Zunächst erhebt sich gegen die Auffassung von BOTH der Einwand, daß man die Anfechtbarkeit eines Urteils im Wege einer Wiederaufnahme, also die Möglichkeit seiner Beseitigung, schon rein sprachlich nicht als "Wirkung" des rechtskräftigen Urteils bezeichnen kann <sup>265)</sup>, BOTH übersieht bei seiner Argumentation aber weiter, daß die Möglichkeit, ein Wiederaufnahmeverfahren zu betreiben, kein notwendiges Korrelat zum Institut der Rechtskraft ist, sondern in bestimmten Grenzen vom Gesetzgeber eingeräumt werden kann oder auch nicht. Die bloße Beilegung der Rechtskraftwirkung vermag somit nichts darüber auszusagen, ob sie unter gewissen Voraussetzungen im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens nachträglich beseitigt werden kann.

Ergibt sonach die Systematik der StPO nichts für die vorliegende Frage, so kommt es auf die Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit von § 373a StPO auf gericht-

262) Das übersieht CREIFELDS JR 1962, 364.

263) JZ 1958, 530.

264) Hierauf weist das LG Hamburg MDR 1963, 336 hin.

265) Vgl. WALTER S. 13.

liche Strafverfügungen an <sup>266)</sup>.

Gegen sie werden die verschiedensten Einwände vorgetragen. Da findet sich zunächst der Gedanke, § 373a StPO sei eine keine erweiternde Auslegung und erst recht keine Analogie zulassende Ausnahmebestimmung, nämlich von § 359 StPO, der die Wiederaufnahme des Verfahrens nur gegen Strafurteile erlaube <sup>267)</sup>. Darauf, daß der Charakter einer Vorschrift als Ausnahmebestimmung weder extensive Interpretation noch Analogie ausschließt, sofern nur die materielle Gleichwertigkeit des ausdrücklich geregelten mit der des nicht geregelten Sachverhalts feststeht, wurde bereits oben S. 66 hingewiesen.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 373a StPO will man seine Unanwendbarkeit bezüglich rechtskräftiger Strafverfügungen herleiten: Der Gesetzgeber dieser Vorschrift sei derselbe gewesen, der zur gleichen Zeit die gerichtliche anstelle der früheren landesrechtlichen polizeilichen Strafverfügung eingeführt habe <sup>268)</sup>. Das Institut der gerichtlichen Strafverfügung sei ihm also bekannt gewesen. Wenn er es in § 373a und auch sonst im Vierten Buch der StPO unerwähnt gelassen habe, so könne das nur als bewußte Ausklammerung gewertet werden <sup>269)</sup>. Dieser Gedankengang verliert jedoch dadurch entscheidend an Überzeugungskraft, daß § 373a StPO in seinem geltenden Wortlaut bereits durch Art. 6 Nr. 5 der VO vom 29. Mai 1943 Eingang in die StPO gefunden gehabt hatte, also zu einem Zeitpunkt, als es noch keine gerichtliche Strafverfügung gab, und weiterhin dadurch, daß es dem Gesetzgeber bei Wiedereinführung von § 373a StPO im Jahre 1950 lediglich darum ging, eine durch zonale Bestimmungen der ersten Nachkriegsjahre wieder aufgerissene Lücke zu schließen. Wie das Schweigen der Materialien zeigt, wurde dabei ersichtlich nur der ursprüngliche Wortlaut übernommen, ohne daß man bedachte, daß dies im Hinblick auf die neu eingeführte gerichtliche Strafverfügung Anlaß zu neuen Zweifeln geben mußte. Verbietet deshalb schon der Umstand, daß der Gesetzgeber die Problematik "Strafverfügung und Wiederaufnahme" übersah, die Entstehungsgeschichte gegen eine entsprechende Anwendung des § 373a StPO auf gerichtliche Strafverfügungen anzuführen, so spricht die Ursache dieses Übersehens sogar umgekehrt dafür, daß die Vorschrift auch für die gerichtliche Strafverfügung gelten sollte: Die Regierungsvorlage zum VereinHG hatte ursprünglich vorgesehen, die polizeiliche Strafverfügung alten Stils - wegen Art. 104 II GG allerdings unter

---

<sup>266)</sup> Einer Lösung mit Hilfe erweiternder Auslegung stehen wiederum die Grenzen des noch möglichen Wortsinns entgegen.

<sup>267)</sup> LG Kassel NJW 1958, 1104; LG Hamburg MDR 1963, 336.

<sup>268)</sup> § 373a StPO und der heutige § 413 StPO wurden in ihrer geltenden Fassung beide durch Art. 3 VereinHG (Nr. 158 und 179) eingeführt.

<sup>269)</sup> LG Kassel NJW 1958, 1104.

Beschränkung auf die Verhängung von Geldstrafen - beizubehalten. Als dies der Bundestag ablehnte, sprach dann der Regierungsentwurf von einem "vereinfachten Strafbefehlsverfahren". Auf dieses hatte sich nun aber § 373a StPO schon seinem Wortlaut nach bezogen. Erst im Lauf der weiteren Beratungen im Bundestag wurde schließlich für dieses vereinfachte Strafbefehlsverfahren die Bezeichnung "Verfahren bei Strafverfügungen" gewählt, ohne daß jedoch hiermit nennenswerte sachliche Änderungen verbunden gewesen wären <sup>270)</sup>.

Für die Gleichbehandlung von Strafbefehl und Strafverfügung im Wiederaufnahmerecht durch entsprechende Anwendung des § 377a StPO spricht vor allem die unleugbare Gleichwertigkeit dieser beiden Entscheidungsarten. Die Strafverfügung ist als "Abart des Strafbefehls" <sup>271)</sup> ebenso wie dieser ein in einem "echten Strafprozeß zustande gekommenes, mit richterlicher Autorität ausgestattetes Erkenntnis, gerichtliche Verurteilung" <sup>272)</sup>. Sie ist in gleichem Maße wie der Strafbefehl nach §§ 413 IV, 410 StPO der Rechtskraft fähig. Die in einer Strafverfügung erkannte Strafe ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafregisterrechts eintragungspflichtig und macht so den durch Strafverfügung Verurteilten zum Vorbestraften <sup>273)</sup>, was eine der praktisch wichtigsten Folgen jeder Bestrafung für den Betroffenen ist. Daß durch Strafverfügungen nur Übertretungen geahndet werden können, nicht hingegen wie im Strafbefehlsverfahren auch in allgesellfränktem Maße Vergehen, bedingt keinen wesensmäßigen Unterschied. Wie schon bei der Erörterung des Verhältnisses von Urteil und Strafbefehl betont wurde, ließe sich auf diese Verschiedenheit allenfalls dann abstellen, wenn der Strafverfügung insoweit eine ausschließliche Funktion zukäme, die bei den gleichberechtigten Nebeneinander der beiden Formen des summarischen Verfahrens in Bagatellsachen aber gerade fehlt.

Es kann auch nicht unbeachtet bleiben, daß es praktisch allein bei den Polizeibehörden liegt, ob sie nach Abschluß ihrer Ermittlungen wegen einer Übertretung ihre Verhandlungen zunächst an die Staatsanwaltschaft schicken oder ob sie sie sogleich dem Amtsrichter mit dem Antrag auf Erlaß einer Strafverfügung zuleiten, und damit entscheiden können, ob ein Strafbefehl- oder ein Strafverfügungsver-

270) Zum ganzen DALLINGER SJZ 1950, Sp. 735.

271) LÖWE-R. § 413 Anm. 7.

272) SCHORN S. 179.

273) § 2 I StRegVO, der von "Verurteilungen durch Strafverfügungen vor einer deutschen Verwaltungsbehörde" spricht, ist hier unklar, da er trotz Novellierung der VO im Jahre 1957 dem durch das VereinHG geschaffenen Wortlaut der StPO nicht angepaßt wurde. Er erfaßt aber nach unbestrittener Auffassung die gerichtliche Strafverfügung, vgl. z.B. HARTUNG § 2 Anm. 2c, bb.

fahren in Gang kommt; eine Wahl zwischen Erlass eines Strafbefehls und dem einer Strafverfügung ist für den Amtsrichter nicht vorhanden. Dies spricht eindeutig gegen eine unterschiedliche Behandlung beider Entscheidungsarten im Wiederaufnahmerecht. Mit rechtsstaatlichen Grundsätzen wäre es nämlich unvereinbar, wenn es die Polizei in der Hand hätte, darüber zu entscheiden, ob eine durch sie veranlaßte richterliche Entscheidung unter bestimmten Voraussetzungen ungeachtet der Rechtskraft einmal wieder beseitigt werden kann oder ob dies ausgeschlossen ist.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß das OWiG in seinen §§ 66 und 67 die Statthaftigkeit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Bußgeldverfahrens kennt. Es wäre eine eigenartige Ungereimtheit, die Wiederaufnahme im Bußgeldverfahren zuzulassen, das vom Gesetzgeber aus dem allgemeinen Strafverfahren ausgegliedert wurde, um die überkommene Unterscheidung zwischen dem (gewichtigeren) kriminellen Unrecht und dem (leichteren) sog. Verwaltungsunrecht auch vom Verfahren her zu vollziehen<sup>274)</sup>, sie im Strafverfügungsverfahren als einem Unterfall des echten Strafprozesses aber abzulehnen. Dies gilt um so mehr deswegen, weil der Tatbestand einer Zuwiderhandlung mit Strafe oder Geldbuße bedroht sein kann und dadurch der Verstoß gegen ein und dieselbe Bestimmung im Einzelfall als - unter Umständen durch Strafverfügung zu erledigende - Straftat oder als Ordnungswidrigkeit zu würdigen ist, § 1 III OWiG<sup>275)</sup>.

Ist deshalb die Gleichbehandlung von Strafbefehl und Strafverfügung wegen der sachlichen Ebenbürtigkeit dieser beiden Entscheidungsarten zu bejahen, so folgt daraus zugleich weiter, daß sich auch ein Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG gegen eine richterliche Strafverfügung wenden kann. Denn sprechen gerade diejenigen Gesichtspunkte für eine analoge Anwendung von § 373a StPO auf Strafverfügungen, die auch § 79 I BVerfGG über seinen eigentlichen Wortlaut hinaus gegenüber rechtskräftigen Strafbefehlen anwendbar machen, so ergibt sich hieraus weiter die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG gegenüber gerichtlichen Strafverfügungen.

---

274) Vgl. dazu unten S. 74 f.

275) Derartige ambivalente Tatbestände finden sich sehr häufig, so etwa im WiStG (1954), das abgesehen von der reinen Ordnungswidrigkeit des § 5 nur Mischtatbestände aufweist.

## 3. Bußgeldbescheide und Unterwerfungen

Das Problem der Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen gegenüber unanfechtbar gewordenen Bußgeldbescheiden und den diesen nach § 67 V i OWiG gleichgestellten Unterwerfungen in entsprechender Anwendung des § 79 I BVerfGG ist bislang weitgehend unerörtert. Neben einigen sie begründungslos bejahenden Hinweisen im Schrifttum <sup>276)</sup> findet sich hierzu nur ein durch die teilweise Nichtigenerklärung von § 7 I LadSchlG <sup>277)</sup> veranlaßter Beschluß des BayObLG <sup>278)</sup>, den HANS <sup>279)</sup>, APEL <sup>280)</sup> und KOHLHAAS <sup>281)</sup> zum Anlaß für ausführliche Anmerkungen genommen haben, sowie knappe Darlegungen bei KNESER <sup>282)</sup>.

Das BayObLG verneint die Möglichkeit eines solchen Wiederaufnahmeverfahrens analog § 79 I BVerfGG neben den allgemeinen Wiederaufnahmefällen des § 66 OWiG. Es geht von der Entstehungsgeschichte des BVerfGG aus und weist darauf hin, daß zum Zeitpunkt seiner Beratungen dem Gesetzgeber das Bußgeldverfahren durch das WiStG (1949) bereits bekannt war, Obgleich es richtig ist, daß man Zurückhaltung dabei üben muß, in jedem Schweigen des Gesetzes eine bewußte Unterlassung und nicht nur eine Achtlosigkeit des Gesetzgebers zu sehen, kann diesem Argument im vorliegenden Fall die Anerkennung nicht versagt werden. Die Materialien zum BVerfGG <sup>283)</sup> ergeben nämlich, daß im Rahmen der Beratungen zu § 79 I BVerfGG auch das Bußgeldverfahren erwähnt wurde, dessen Erweiterung durch das OWiG bevorstand. Angesichts dieser Gegebenheit kann HANS <sup>284)</sup> nicht zugestimmt werden, wenn er es für zweifelhaft hält, ob die Nichterwähnung des Bußgeldverfahrens in § 79 I BVerfGG die Bedeutung zukomme, die ihr das BayObLG beimißt.

Der Beschluß setzt zur Begründung der in ihm vertretenen Rechtsansicht dann vor allem zutreffend bei der Frage an, ob der Geldbuße die Eigenschaften zukommen, deretwegen in § 79 I BVerfGG für die strafaussprechenden Erkenntnisse die Rechtssicherheit um der materiellen Gerechtigkeit willen hintangestellt wird, ob also auch bei der Geldbuße der Ausschluß von Rechtsfolgen der Nichtigenerklärung eines

---

276) LECHNER § 79 I; PREISER NJW 1962, 847.

277) BVerfGE 14, 19.

278) BayObLG NJW 1962, 2166.

279) BB 1962, 1403.

280) GewA 1963, 5.

281) NJW 1963, 454.

282) AÖR 89, 170.

283) RA-DS 94 VI S. 67.

284) BB 1962, 1403.

Gesetzes unerträglich sei. Dabei begnügt er sich nicht, auf äußere Kriterien, wie die Nichteintragbarkeit der Geldbuße ins Strafregister, hinzuweisen. Die fehlende Registerpflichtigkeit allein vermöchte in der Tat nicht die Unanwendbarkeit von § 79 I BVerfGG zu rechtfertigen, da in dieser Vorschrift ja einerseits zum Ausdruck kommt, daß es nicht allein um die Beseitigung eines Registereintrags geht (sonst hätte ja eine sich auf die Straftilgung beschränkende Regelung ausgereicht) und andererseits die Wiederaufnahmemöglichkeit ohne Rücksicht darauf eröffnet wird, ob die auf der nichtigen Norm beruhende Verurteilung zu einem Registereintrag führte oder nicht <sup>285</sup>). Das BayObLG stellt vielmehr auf die durchgreifende Wesensverschiedenheit von Strafe und Geldbuße ab, die sich daraus ergebe, daß jene die Sanktion auf ein als kriminelles Unrecht gewertetes Verhalten, diese die Folge bloßen Verwaltungsunrechts sei <sup>286</sup>).

Damit finden wir uns inmitten eines Fragenkreises, der seit Beginn des Jahrhunderts nicht aufgehört hat, die Strafrechtswissenschaft zu beschäftigen und den Erik WOLF <sup>287</sup>) treffend "die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem" umschrieb. Die Problematik, ob und gegebenenfalls nach welchen sachlichen Unterscheidungsmerkmalen das Kriminalunrecht vom Verwaltungsunrecht qualitativ und nicht nur quantitativ zu unterscheiden ist <sup>288</sup>), kann auch heute, nachdem

285) Vgl. dazu § 2 III StRegVO.

286) Ebenso KNESER AöR 89, 170.

287) Festgabe für Frank II, S. 516.

288) GOLDSCHMIDT suchte in zahlreichen Arbeiten (insbesondere: Das Verwaltungsstrafrecht S. 529 ff; GA 49, 71 ff) eine wesensmäßige Unterscheidung von Kriminalstraftat und Verwaltungsstraftat damit zu begründen, daß erstere die Beeinträchtigung der Rechtssphäre eines Willensträgers, eine Rechtsgutverletzung, letztere hingegen nur die Unterlassung der Förderung des öffentlichen Wohles darstelle, das als bloß ideales Ziel keiner Verletzung fähig sei. WOLF, Festgabe für Frank II, S. 516 ff faßte diese Lehre auf und entwickelte sie unter seinem wertphilosophischen Aspekt einer Unterscheidung von "Gerechtigkeitswert" und "Wohlfahrtswert" weiter. Aus dem Schrifttum der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ist vor allem Eb. SCHMIDT SJZ 1948, Sp. 230 und JZ 1951, 101 zu nennen, der der Rechtsgutverletzung der Kriminalstraftat den "besonderen Verwaltungsschaden" gegenüberstellte, dem die Beziehung zu einer individuellen Person oder als solcher geachteten Personengemeinschaft fehle und der in der Nichterfüllung einer konkreten staatlichen Aufgabe liege. Eb. SCHMIDT arbeitete davon ausgehend die Verschiedenartigkeit von Strafe und Geldbuße heraus. Nur die Strafe sühne und solle auf die Persönlichkeit des Täters einwirken, diesen erfassen. Eine Ordnungswidrigkeit lasse sich demgegenüber nicht ohne Entwertung des Süh-

- wie WELZEL <sup>289)</sup> bildhaft formulierte - "schon Ströme von Schweiß über sie geflossen sind" noch nicht als in allgemein anerkannter Weise dogmatisch gelöst betrachtet werden <sup>290)</sup>.

Es bedarf jedoch bei der Frage nach der Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen gegenüber rechtskräftigen Bußgeldbescheiden und Unterwerfungen in entsprechender Anwendung des § 79 I BVerfGG keiner Entscheidung darüber, ob und in welcher Spielart die Lehre vom Verwaltungsunrecht als einem aliud zum Kriminalunrecht jeder kritischen Prüfung standhält <sup>291)</sup>. Mit Schaffung des WiStG (1949) und des OWiG hat nämlich jedenfalls der Gesetzgeber durch Setzung positiven Rechts seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, daß zwischen kriminellem und Verwaltungsunrecht ein materieller Unterschied besteht, und hierbei für sich die Befugnis zur Bestimmung der Unterscheidungsmerkmale nach legislatorischem Ermessen in Anspruch genommen, wenn er in den §§ 1 - 5 WiStG bestimmte Handlungen ein für allemal zu Wirtschaftsstraftaten bzw. in den §§ 23 und 24 WiStG umgekehrt zu Ordnungswidrigkeiten stempelt und wenn § 1 OWiG erklärt, daß eine ausschließlich mit Geldbuße bedrohte Handlung eine Ordnungswidrigkeit, eine ausschließlich mit Geldstrafe bedrohte Handlung eine Straftat ist <sup>292)</sup>.

Fortsetzung der Fußnote 288 von Seite 73:

nebegriffs sühnen. Die in ihr liegende bloße Lässigkeit befuge nicht, sich an die Persönlichkeit des Betroffenen heranzumachen, sondern lasse nur eine "Pflichtenmahnung" zu. Die heute h. M. ist dem gefolgt unter Betonung des Kriteriums, daß der kriminelle Täter einem ethischen Unwerturteil unterliege, während die Ordnungswidrigkeit wertneutral sei; vgl. etwa BGH in NJW 1955, 351; BGHSt (Gr. Sen.) 11, 263 (264); JAGUSCH in LK Vorb. A IV 1 vor § 13 StGB; MAURACH AT S. 13 f; ROTBERG S. 26 und SCHÖNKE-SCHRÖDER Rdn. 4 vor § 13. Abw. SAX in "Die Grundrechte" III/2 S. 922 ff, der eine Wesensverschiedenheit nur unter dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit bejaht, da nach seiner Auffassung Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Rechtsgutverletzungen sind.

289) JZ 1956, 240.

290) Einwände gegen die Lehre vom Verwaltungsunrecht als einem aliud zum Kriminalunrecht brachte zunächst vor allem TROPS S. 54, 69, 73 vor. Ihm folgte RIETZSCH JW 1938, 1077 mit allerdings widersprüchlicher Begründung. Von den Stimmen im Schrifttum, die auch noch nach Schaffung des OWiG einen wesensmäßigen Unterschied verneinen, vgl. WELZEL JZ 1957, 130; JESCHEK JZ 1959, 457 und SPANNER VerwA 51, 172; ähnlich PATZIG DÖV 1962, 739.

291) So aber KNESER AöR 89, 171.

292) BOCKELMANN ZStW 66, 123.

Daß in den genannten Gesetzen die Ordnungswidrigkeit nicht als "Bagatell-Kriminaldelikt", als ein bloßes Minus gegenüber der mit Strafe zu ahndenden Straftat gesehen werden darf, sondern als echtes aliud verstanden werden will, hat Eb. SCHMIDT <sup>293)</sup>, von dem die Grundgedanken der beiden bahnbrechenden Gesetze stammen, mit dem bestechenden Hinweis nachgewiesen, daß schon ein Vergleich der möglichen Maximalsätze von Kriminalstrafe und Ordnungs-"strafe" der Betrachtung der letztgenannten Sanktion als Bagatellstrafe und dementsprechend der Ordnungswidrigkeit als Bagatellstrafsache entgegenstehe.

An diesen, eine Wesensverschiedenheit bejahenden und eine scharfe Unterscheidung vornehmenden Schritten des Gesetzgebers, die sicherlich - man denke nur an eine Reihe von Übertretungstatbeständen der §§ 360 ff StGB - noch nicht zu Ende geführt sind, kann die rechtsprechende Gewalt auch bei Prüfung einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 79 I BVerfGG im Falle unanfechtbar gewordener Bußgeldbescheide und Unterwerfungen nicht vorbeigehen <sup>294)</sup>.

HANS <sup>295)</sup> und KOHLHAAS <sup>296)</sup> wollen demgegenüber gleichwohl das Wiederaufnahmeverfahren nach Nichtigerklärung einer Norm auch im Bereich des Bußgeldverfahrens zulassen. KOHLHAAS weist zur Begründung seiner Ansicht vor allem darauf hin, daß die vom Gesetzgeber durch Ausgliederung des Bußgeldverfahrens aus dem Strafprozeß beabsichtigte Privilegierung der Ordnungswidrigkeiten gegenüber den Straftaten sich hier zu einer Schlechterstellung verkehre, die zumal im Hinblick auf die beträchtlichen Höchstsätze der Geldbußen nicht hin- genommen werden könne.

Dieses Argument wird durch die Einsicht widerlegt, daß sich die aus der Nichtigerklärung einer Norm für den durch ihre Anwendung Betroffenen ergebenden

293) SJZ 1948, Sp. 235.

294) Daß die Rechtsprechung der vom Gesetzgeber bejahten qualitativen Unterscheidung unter einer Reihe anderer Gesichtspunkte Rechnung trägt, beweisen vor allem die Entscheidungen BVerfGE 8, 197 und 9, 167 sowie OLG Karlsruhe NJW 1955, 1200, die unter Hinweis auf den "fehlenden Ernst", das "Fehlen eines ethischen Unwerturteils" und den Mangel einer "Bemerkung" z.B. die Vereinbarkeit des Bußgeldverfahrens mit Art. 92 GG feststellen, die Möglichkeit eines Verstoßes der im WiStG (1954) getroffenen gesetzlichen Regelung gegen das GG verneinen und die Unanwendbarkeit von § 346 StGB bei Handlungen zur Abwendung eines Bußgeldbescheids von einem Betroffenen aussprechen.

295) BB 1962, 1403.

296) NJW 1963, 454.

Rechtsfolgen gerade nicht danach bestimmen sollen, wie hoch die ihm zugefügte Vermögensbeeinträchtigung ist. Es wäre sonst nicht erklärlich, daß dem in einem Zivilprozeß auf Grund einer verfassungswidrigen Norm zu einer hohen Zahlung Verurteilten nach § 79 II 4 BVerfGG die Geltendmachung von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung ebenso versagt wird, wie derjenige nicht Schadensersatz zu fordern vermag, der durch einen auf ein später für nichtig erklärtes Gesetz gestützten Verwaltungsakt geschädigt wurde<sup>297)</sup>. Es kommt nach der de lege lata nicht angreifbaren Wertung des Gesetzgebers eben allein darauf an, ob der Geldbuße im geltenden Recht derselbe oder wenigstens vergleichbarer Charakter eignet wie der Kriminalstrafe. Da dies verneint werden muß, ist eine entsprechende Anwendung von § 79 I BVerfGG auf rechtskräftige Bußgeldbescheide und Unterwerfungen ausgeschlossen.

KOHLHAAS gibt weiterhin zu bedenken, daß nach verbreiteter behördlicher Praxis, die - karteimäßig festgehaltene - Existenz eines Bußgeldbescheides für den Betroffenen anhaltende nachteilige Folgen mit sich bringe, insbesondere bei einer späteren Beurteilung seiner "Zuverlässigkeit", die auf manchen Gebieten des öffentlichen Rechts von geradezu entscheidender Bedeutung sei.

Auch dieser Hinweis vermag keine Gleichbehandlung von Bußgeldbescheid bzw. Unterwerfung und strafrichterlicher Verurteilung in bezug auf die Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG zu rechtfertigen. Behördliche Aufzeichnungen darüber, ob eine Person schon mit dem Recht der Ordnungswidrigkeiten in Konflikt geraten ist oder nicht, haben rein internen Charakter ohne jede unmittelbare rechtserhebliche Wirkung nach außen und für den Betroffenen, wie sie etwa dem Strafregister zukommt. Es ist zwar zuzugeben, daß sie gleichwohl dem Betroffenen in anderem Zusammenhang von Nachteil sein können. Der Rechtsschutz des Betroffenen muß hier aber darauf beschränkt bleiben, daß diese etwaigen nachteiligen Folgen mit Außenwirkung (belastende Verwaltungsakte) von den hierfür zuständigen Verwaltungsgerichten überprüft werden. In diesem verwaltungsgerichtlichen Verfahren muß dann auch der Gesichtspunkt gewürdigt werden, inwieweit die angegriffene behördliche Maßnahme an ein Verhalten anknüpft, das von Rechts wegen nicht als Ordnungswidrigkeit hätte gewertet werden dürfen. Nicht dagegen kann es Aufgabe der Strafgerichte sein, in Angelegenheiten der Verwaltungsbehörden einzugreifen, die für sich genommen rein innerdienstlicher Art sind, zumal wenn man bedenkt,

---

297) Ein besonders instruktives Beispiel bilden hier die Fälle der Steuerzahlungen entsprechend Steuerbescheiden, die auf für nichtig erklärten steuerrechtlichen Vorschriften beruhen. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist hier eine Rückforderung bereits geleisteter Steuern im Hinblick auf § 79 II 4 BVerfGG ausgeschlossen.

daß selbst die Verwaltungsgerichte keine Handhabe gegen Verwaltungsinterna wie derartige Aufzeichnungen haben, denen eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen fehlt <sup>298)</sup>. Ganz abgesehen davon versagt der von KOHLHAAS aufgegriffene Gedanke der Notwendigkeit einer Beseitigung von negativen Nebenfolgen rechtskräftiger, auf nichtigerklärte Normen gestützter Bußgeldbescheide durch den Strafrichter von vorneherein in all den Fällen, in denen ein Bußgeldbescheid nicht durch einen Antrag des Betroffenen auf gerichtliche Entscheidung der Überprüfung durch den Amtsrichter und gegebenenfalls durch das Rechtsbeschwerdegericht zugeführt worden war. Nach der Systematik des OWiG verbliebe hier nämlich das Wiederaufnahmeverfahren ohnehin in der Sphäre der Verwaltungsbehörden <sup>299)</sup>.

Gewichtiger scheint das von HANS <sup>300)</sup> und APEL <sup>301)</sup> vorgetragene Bedenken, die Nichtanwendbarkeit des § 79 I BVerfGG auf rechtskräftige Bußgeldbescheide und Unterwerfungen verstoße gegen das Gebot der Gleichbehandlung und damit gegen Art. 3 GG, da bestimmte Zuwiderhandlungen <sup>302)</sup> in den einzelnen Bundesländern teils als Straftaten, teils als Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet und ebenso innerhalb des Bundesrechts völlig gleichwertige Zuwiderhandlungen das eine Mal Straftaten, das andere Mal Ordnungswidrigkeiten seien.

Letztlich sind jedoch auch diese Gesichtspunkte nicht durchgreifend: Die erste der beiden Erscheinungen ist die natürliche Folge der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen im föderalistischen Staat auf Bund und Länder und der diesen hierbei eingeräumten Unabhängigkeit untereinander. Der zweite Umstand ist eine sicherlich unerfreuliche Gegebenheit, der jedoch nicht die rechtsprechende Gewalt dadurch abhelfen kann, daß sie sich in die Rolle des hier zu Korrekturen verpflichteten Gesetzgebers drängt und den Bußgeldbescheid einem Straferkenntnis gleichstellt.

298) Nach § 42 I VwGO können auf eine Anfechtungsklage hin nur Verwaltungsakte beseitigt werden. Ein Verwaltungsakt liegt nun aber lediglich dann vor, wenn der betreffenden behördlichen Maßnahme eine unmittelbare rechtserhebliche Wirkung zukommt, die bei Vornahme und Bestehenlassen eines Karteivermerks im geschilderten Sinn zu verneinen ist.

299) § 66 II OWiG sieht für die Zuständigkeit im Wiederaufnahmeverfahren vor: "Ist der Bußgeldbescheid durch ein Gericht nachgeprüft worden, so entscheidet über die Abänderung oder Aufhebung das gemäß § 55 zuständige Gericht nach Anhörung der Verwaltungsbehörde, andernfalls die zuständige oberste Verwaltungsbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde".

300) BB 1962, 1403.

301) GewA 1963, 5.

302) Vgl. die Beispiele bei PATZIG DÖV 1962, 740.

Nach alledem ist § 79 I BVerfGG keiner entsprechenden Anwendung auf nicht mehr anfechtbare Bußgeldbescheide und Unterwerfungen vor den Verwaltungsbehörden fähig.

#### 4. Entscheidungen im Verwaltungssteuerstrafverfahren

Im Gegensatz zum allgemeinen Strafverfahren kann das Steuerstrafverfahren entweder gerichtliches Verfahren oder Verwaltungsstrafverfahren sein. Die §§ 421 ff AO versetzen die Finanzämter in die Lage, unter gewissen Voraussetzungen<sup>303)</sup> nach ihrer Wahl entweder durch Einschaltung der Staatsanwaltschaft ihnen bekanntgewordene Steuersünder vor ein ordentliches Gericht zu bringen und diesem die Aburteilung zu überlassen oder aber selbst gegenüber dem Beschuldigten auf eine Strafe zu erkennen<sup>304)</sup> - sei es bei Abgabe eines Strafanerkenntnisses durch den Beschuldigten im Rahmen einer Unterwerfungsverhandlung (§ 445 AO), sei es durch Strafbescheid (§ 447 AO) oder schließlich, wenn der Betroffene gegen einen Strafbescheid Beschwerde zur OFD eingelegt hat, durch einen Beschwerdebescheid (§ 452 AO). Schlagen die Finanzbehörden das Verwaltungsstrafverfahren ein, so steht dem Beschuldigten freilich, abgesehen vom Fall der Erledigung durch genehmigte Unterwerfungsverhandlung, der Weg vor das ordentliche Gericht dadurch offen, daß er auf gerichtliche Entscheidung anträgt, womit das Verwaltungssteuerstrafverfahren in ein gerichtliches Strafverfahren übergeleitet wird<sup>305)</sup>.

303) Insbesondere, daß keine Freiheitsstrafe verhängt werden soll; vgl. im einzelnen §§ 421 II, 422 und 426 AO.

304) Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 92 GG und der MRK ist nicht unbestritten, vgl. die Nachweise bei KÜHN Vorb. vor § 420. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann diese Frage nicht näher untersucht werden; es wird in ihr mit der h.L. und der höchstrichterlichen Rspr. (vor allem BGHSt 13, 102 und BFH BStBl. 1958 III 198) von der grundgesetzlichen Zulässigkeit der begrenzten Strafgewalt der Finanzbehörden ausgegangen.

305) In der AO ist dies ausdrücklich bestimmt nur für den Fall, daß ein Strafbescheid des Finanzamts ergangen ist. Die Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegenüber einem Beschwerdebescheid der OFD scheint sogar durch § 450 II 1 AO verschlossen, wonach die Wahl des Beschwerdeweges nach Erlaß eines Strafbescheides den Rechtsweg ausschließen soll. Nach BGHSt 13, 102 ist jedoch § 450 II 1 AO (verfassungskonform!) dahin auszulegen, daß die Einlegung der Beschwerde den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht schlechthin unmöglich macht, sondern nur gegen den Strafbescheid ausschließt, während gegenüber dem Beschwerdebescheid der OFD Art. 19 IV GG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.

Das gerichtliche Strafverfahren bildet, da sein Gegenstand wie der jedes anderen Strafverfahrens die Untersuchung und Ahndung kriminellen Unrechts (nur auf einem besonderen Gebiet, nämlich dem des Abgabenwesens) ist <sup>306)</sup>, nur einen Unterfall des allgemeinen Strafprozesses und ist diesem wesensgleich.

Strafurteile und Strafbefehle <sup>307)</sup>, die ein gerichtliches Strafverfahren abschließen, unterscheiden sich in nichts von den entsprechenden Sachentscheidungen eines allgemeinen Strafverfahrens. Daraus folgt, daß sich für sie hinsichtlich der Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeverfahren nach § 79 I BVerfGG keine Besonderheiten ergeben und insoweit auf die Darlegungen oben S. 50 ff verwiesen werden kann.

Einer Beantwortung bedarf jedoch die Frage, ob § 79 I BVerfGG auch bei einer im Verwaltungs-Steuer-Strafverfahren ergangenen Entscheidung (Strafbescheid, Beschwerdebescheid, Unterwerfungsverhandlung) zum Zug kommen kann. Daß derartige Entscheidungen der Finanzbehörden bei Vorliegen eines der allgemeinen Wiederaufnahmegründe im Sinne der §§ 359 und 362 StPO als Wiederaufnahmeobjekte in Betracht kommen, ist heute ebenso h.L. im steuerrechtlichen Schrifttum <sup>308)</sup> wie Praxis der Finanzbehörden <sup>309)</sup>, während noch vor anderthalb Jahrzehnten Wiederaufnahmeverfahren gegenüber Entscheidungen, die im Wege eines Verwaltungs-Steuer-Strafverfahrens ergangen waren, vorwiegend für nicht statthaft erklärt worden waren <sup>310)</sup>. Überwiegend bekennt man sich aber hierbei nicht zur Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren auch unter dem Gesichtspunkt

306) MATTERN ZStW 67, 364, 367 ff.

307) Zum Erlaß eines Strafbefehls kann es sowohl in einem ursprünglichen wie auch in einem nachträglichen gerichtlichen Strafverfahren kommen, KÜHN § 425 Anm. 2 und § 462 Anm. 1; bei letzterem jedoch nur in Ausnahmefällen, weil dies in der Regel mit dem Antrag des Verurteilten auf gerichtliche Entscheidung unvereinbar ist, KÜHN § 462 Anm. 1 und § 472 Anm. 2. Der Erlaß einer Strafverfügung ist wegen des ausnahmslosen Vergehenscharakters der Steuerstraftatbestände nicht möglich.

308) KÜHN § 420 Anm. 4, § 445 Anm. 6 und § 452 Anm. 4; KM § 359 Anm. 1a; HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER § 458 Rdn. 14; BARSKEGAPP S. 100; BAUERLE DStZ(A) 1957, 20; LOHMEYER NJW 1957, 1587; A. KÜHN DStZ(A) 1958, 267; MATTERN ZStW 67, 426.

309) Vgl. die Erlasse in Nordrhein-Westfalen vom 8.1.1959 (BStBl. II 21) und vom 22.3.1960 (BStBl. II 127), in Niedersachsen vom 17.1.1959 (BStBl. II 55); in Hessen vom 24.3.1960 (BStBl. II 124) und des Bundesministers der Finanzen vom 16.1.1959 (BStBl. II 48).

310) Vgl. Nachweise bei HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER § 458 Rdn. 14.

des § 79 I BVerfGG. Soweit dies der Fall ist, hat es jedoch - wie das Fehlen jeder Erörterung zu diesem Punkt beweist - seinen Grund lediglich darin, daß man bisher einfach übersehen hat, daß mit § 79 I BVerfGG ein neuer selbständiger Wiederaufnahmegrund neben die "klassischen" Wiederaufnahmegründe der §§ 359, 362 StPO getreten ist. In der Literatur haben bisher nur GIESE-PLATH<sup>311)</sup> und A. KÜHN<sup>312)</sup> dieser Erweiterung des Wiederaufnahmerechts Rechnung getragen und sie in ihren Überlegungen mit einbezogen. Sie gelangen dabei - allerdings ohne nähere sachliche Begründung - zu dem Ergebnis, auch § 79 I BVerfGG sei im Verwaltungssteuerstrafverfahren anzuwenden. Daneben bejahen die oben S. 79 Fußn. 309 aufgeführten Erlasse die Geltung von § 79 I BVerfGG im Wiederaufnahmerecht des Verwaltungssteuerstrafverfahrens.

Dem ist zuzustimmen. Das Steuerstrafverfahren bleibt echtes Kriminalstrafverfahren auch dann, wenn es nicht als strafgerichtlicher Prozeß, sondern als Verwaltungsverfahren vor den Finanzbehörden abrollt<sup>313)</sup>. Weder die besondere, von praktischen Bedürfnissen bestimmte Ausgestaltung als beschleunigtes, einfaches und summarisches Verfahren<sup>314)</sup>, dem die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit fehlen, noch der Umstand, daß der Rechtsbrecher im Steuerstrafverfahren vor den Finanzbehörden in mancher Hinsicht günstiger behandelt wird<sup>315)</sup>, vermögen daran etwas zu ändern. Das gilt auch, wenn das Verwaltungssteuerstrafverfahren in einer Unterwerfungsverhandlung erledigt werden konnte, denn diese ist nicht ein Vertrag zwischen Beschuldigtem und Finanzbehörde, sondern echter Verwaltungsakt auf Unterwerfung und eine hoheitliche Maßnahme der staatlichen Strafrechtspflege gegenüber dem Beschuldigten<sup>316)</sup>, die nach § 445 Satz 3 AO einer rechtskräftigen Verurteilung gleichkommt.

Die im Verwaltungssteuerstrafverfahren verhängte Strafe ist in jedem Fall bemaßende, kriminelle Strafe<sup>317)</sup>. Dementsprechend macht es auch für die Registerpflichtigkeit der Bestrafung wegen eines Steuervergehens nach § 2 I StRegVO keinen Unterschied, ob ihr eine gerichtliche Verurteilung oder der Verwaltungsakt einer Finanzbehörde in einer der drei genannten Formen zugrunde liegt<sup>318)</sup>.

311) § 445 Anm. 3 und § 447 Anm. 1.

312) DStZ(A) 1958, 269.

313) MATTERN ZStW 67, 385.

314) MATTERN ZStW 67, 384.

315) Vgl. hierzu MATTERN ZStW 67, 382 ff.

316) GIESE-PLATH § 445 Anm. 1; BARSKE-GAPP S. 122.

317) BARSKE-GAPP S. 95 und 135.

318) Verurteilungen im Unterwerfungsverfahren sind seit der Bekanntmachung vom 8.8.1926 (RGBl. I S. 157) registerpflichtig.

Den Entscheidungen im Verwaltungssteuerstrafverfahren wohnen sonach diejenigen Eigenschaften inne, die den Gesetzgeber veranlaßten, in § 79 I BVerfGG einen neuen Wiederaufnahmegrund für den Fall zu schaffen, daß ein strafrichterliches Erkenntnis auf einer für nichtig erklärten Norm beruht. Es ist deshalb geboten, durch eine Erweiterung des Geltungsbereichs von § 79 I BVerfGG im Wege der Analogie auch Strafbescheide, Beschwerdebescheide und Unterwerfungsverhandlungen als taugliche Objekte für eine Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen, die auf die Nichtigerklärung einer Norm und das Beruhen der Entscheidung auf dieser Norm gestützt wird.

## 5. Disziplinargerichtliche Entscheidungen

Entscheidungen der Disziplinargerichte haben Verhaltensweisen zum Gegenstand, die von bloßen Nachlässigkeiten bis zu schwersten und teilweise zugleich nach allgemeinem Kriminalstrafrecht zu ahndenden Verfehlungen der bestimmter Disziplinalgewalt Unterworfenen reichen. Als Folge davon weisen die zur Zeit in Bund und Ländern geltenden Disziplinarordnungen meist einen umfangreichen Katalog inhaltlich höchst unterschiedlicher Disziplinarstrafen auf, die sich in ihrer Auswirkung auf den durch sie Betroffenen eine einheitlichen Beurteilung und Wertung entziehen. Disziplinarstrafen sind zwar keine echten Kriminalstrafen, sondern grundsätzlich nur Pflichtenmahnung, weisen jedoch von allen nicht kriminellen Strafen die engste Verwandtschaft mit den Kriminalstrafen auf und üben in ihren schwereren Formen - anders als etwa die wegen einer Ordnungswidrigkeit verhängte Geldbuße - eine rechtsmindernde Wirkung, wie Kriminalstrafen aus<sup>319)</sup>. Dar- aus folgt, daß sich die Frage der Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG auf disziplinargerichtliche Entscheidungen nicht einheitlich bejahen oder verneinen läßt, sondern vom Gewicht der jeweiligen Entscheidung und der in ihr ausgesprochenen Rechtsfolgen abhängen muß<sup>320)</sup>. Liegt in ihr ein ethisches Unwerturteil und tangiert sie dadurch die Persönlichkeit des disziplinarisch Verurteilten, so kann § 79 I BVerfGG im Wege einer Analogie anwendbar sein, ansonsten hingegen nicht. Diese notwendige Differenzierung birgt nun das Problem in sich, anhand welcher sachlich faßbaren Kriterien sie im Einzelfall praktiziert werden soll.

Für den Geltungsbereich von BDO und WDO als der beiden wichtigsten Rechtsquellen auf diesem Gebiet schafft die hier vertretene Auffassung eine gewisse Erleich-

---

319) MAURACH AT S. 8 f.

320) KNESER AöR 89, 172. Abzulehnen daher GEIGER DRiZ 1951, 175, der ohne nähere Begründung § 79 I BVerfGG auf disziplinargerichtliche Entscheidungen schlechthin für anwendbar erklärt.

terung, wonach es Zulässigkeitsvoraussetzung jedes auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags ist, daß die Vorschriften der einschlägigen Verfahrensordnung gegenüber dem betreffenden Erkenntnis überhaupt eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorsehen <sup>321)</sup>. Gegenüber leichten Disziplinarstrafen (Warnung, Verweis, Geldbuße) ist nämlich bereits nach § 83 I a) in Verbindung mit § 11 I BDO keine Wiederaufnahme statthaft und damit für eine Erörterung der entsprechenden Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG von vornherein kein Raum; dasselbe gilt nach § 103 I WDO für Entscheidungen der Wehrdienstgerichte <sup>322)</sup>. Es bedarf also nur mehr der Prüfung, inwieweit Entscheidungen über die übrigen, schwereren Disziplinarstrafen kriminalstrafrechtlichen Erkenntnissen gleichzustellen sind. Sie ergibt, daß sich von keiner der in § 83 BDO bzw. in § 103 WDO genannten Strafen behaupten läßt, sie entbehrten generell eines sozialetischen Vorwurfs. Damit bilden diese Bestimmungen aber auch die allein praktikable Abgrenzung. Denn wenn diese auch vereinzelt dem Sinn und Zweck des § 79 I BVerfGG nicht gerecht werden mag, so darf das doch - wie KNESER <sup>323)</sup> zutreffend hervorhebt - nicht dazu führen, ein besseres Kriterium dadurch finden zu wollen, daß man die Praxis vor die kaum zu bewältigende Aufgabe stellt, in jedem einzelnen Fall die verhängte Disziplinarstrafe unter Berücksichtigung des ihr zugrunde liegenden Dienstvergehens daraufhin zu untersuchen, ob sie einen sozialetischen Vorwurf enthält oder nicht. Dazu ist dieser Begriff viel zu schillernd und ermöglicht zu wenig eine Entscheidung anhand faßbarer Gesichtspunkte.

Für das Disziplinarrecht der Beamten und Soldaten des Bundes ist somit festzuhalten, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens unter dem Gesichtspunkt des § 79 I BVerfGG gegenüber solchen Entscheidungen statthaft ist, die nach § 83 I BDO bzw. § 103 WDO unter den dort aufgeführten Voraussetzungen der Wiederaufnahme unterliegen.

Der unterschiedliche Charakter der einzelnen Disziplinarstrafen eröffnet die eingangs skizzierte Problematik jedoch dann in vollem Umfang, wenn Disziplinarordnungen die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nicht auf Entscheidungsgruppen beschränken, denen eine echte ethische Beziehung nicht allgemein abzusprechen ist. Ein Beispiel hierfür gibt die Dienststrafordnung des Freistaates Bayern ab, nach der beim Vorliegen bestimmter, im einzelnen in Art. 84 aufgeführter Gründe ein Wiederaufnahmeantrag gegenüber einer disziplinargerichtlichen Entscheidung ohne

---

321) Siehe oben S. 39 ff.

322) Kennt eine Disziplinarordnung das Institut der Wiederaufnahme oder einen ähnlichen Rechtsbehelf überhaupt nicht, so entfällt dem entsprechend jede Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG.

323) AöR 89, 172.

Rücksicht auf die Art der verhängten Disziplinarstrafe zulässig ist, also auch, wenn sich die Verurteilung des Beamten in einer Warnung, einem Verweis oder einer Geldbuße erschöpft hatte <sup>324)</sup>. Hier kommt es allerdings darauf an, ob auch bei solchen Bestrafungen von einem Schuldvorwurf und von einer Einwirkung auf die Persönlichkeit des Betroffenen die Rede sein kann. Es ist KNESER <sup>325)</sup> zuzustimmen, wenn er den genannten leichten Ordnungsstrafen lediglich eine Ordnungsfunktion zuerkennt mit der Folge, daß sich die entsprechende Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG hier verbietet. § 83 I a) in Verbindung mit § 11 I BDO bildet so den Maßstab für die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren gegenüber disziplinargerichtlichen Entscheidungen gemäß § 79 I BVerfGG auch dann, wenn diese bei Vorliegen eines anderen Wiederaufnahmegrundes in weiterem Umfang angreifbar sind.

## 6. Entscheidungen in Rechtshilfesachen

Nach § 3 RHG bedürfen alle wesentlichen Akte der innerdeutschen Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen, nämlich Zulieferung, Verhaftung, Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung, Zuführung oder Vernehmung eines Beschuldigten oder Zeugen, einer Genehmigung des Generalstaatsanwalts, gegen dessen Entscheidung der Betroffene nach § 5 I und IV RHG Antrag auf gerichtliche Entscheidung zum Oberlandesgericht stellen kann. Dieses entscheidet dann durch unanfechtbaren Beschluß, § 8 I 1 und 2 RHG. Gemäß § 2 I RHG ist die begehrte Rechts- oder Amtshilfe nur zu leisten, "wenn

1. ihre Gewährung dem Zweck eines Bundesgesetzes nicht widerspricht,
2. keine Bedenken gegen die Annahme bestehen, daß von der Rechts- oder Amtshilfe nur im Einklang mit rechtsstaatlichen Grundsätzen Gebrauch gemacht wird, und
3. nicht anzunehmen ist, daß dem Betroffenen aus der Gewährung der Rechts- oder Amtshilfe erhebliche Nachteile erwachsen, die im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen stehen."

Andernfalls ist die Gewährung von Rechts- oder Amtshilfe abzulehnen. Unabhängig von einem entsprechenden Rechtshilfeersuchen, dem nicht stattgegeben werden kann, kann es zu einer Entscheidung über die Unzulässigkeit der Vollstreckung

---

324) Ihren Grund hat diese weitgehende Regelung in Art. 95 III BV, wonach gegen jede disziplinargerichtliche Bestrafung Wiederaufnahme statthaft sein muß.

325) AöR 89, 172.

sowjetzonalen Urteile auf einen Antrag des Verurteilten hin kommen.

§ 9 RHG bestimmt nun, daß bei nachträglichem Beibringen von Tatsachen oder Beweismitteln, die allein oder in Verbindung mit den früher vorgebrachten Beweisen oder durchgeführten Ermittlungen eine wesentlich andere Entscheidung zu begründen geeignet sind, das Gericht auf Antrag erneut zu entscheiden hat. Im Fall, daß es bei einer Verfügung des Generalstaatsanwalts geblieben war, legt § 9 II RHG diesem die Pflicht zu einer Überprüfung seiner Entscheidung auf. Handelt es sich - wie zumeist - um Akte der Rechtshilfe, durch die der Betroffene aus dem Machtbereich der Behörden der Bundesrepublik entfernt wurde oder die keine Dauerwirkung entfalten können, so entbehrt diese Vorschrift praktischer Bedeutung. Anders ist es hingegen dann, wenn es sich um die Vollstreckung sowjetzonalen Urteile in der Bundesrepublik dreht, eine neuerliche Entscheidung also auch des Vollzugs fähig ist.

Auf Grund einer Reihe von Verfassungsbeschwerden hat das BVerfG in den letzten Jahren verschiedentlich Gelegenheit gehabt, sich mit Vereinbarkeit und Unvereinbarkeit bestimmter Strafbestimmungen der sowjetisch besetzten Zone mit der durch das GG geschaffenen verfassungsmäßigen Ordnung zu befassen. Es hat in mehreren Fällen die Unvereinbarkeit ausgesprochen <sup>326)</sup> <sup>327)</sup> und damit die Frage ausgelöst, ob solche Entscheidungen auch für andere Betroffene als dem Verfassungsbeschwerdeführer selbst von rechtserheblicher Wirkung sind. Als Ergebnis der hier einsetzenden Erörterungen findet sich heute eine h. M. dahingehend, daß es nach derartigen Entscheidungen des BVerfG für alle Betroffenen die Möglichkeit geben muß, Vollstreckungsgenehmigungen für sowjetzonale Urteile zu beseitigen, die auf solchen diskriminierenden Normen beruhen <sup>328)</sup>.

326) Eine Nichtigerklärung kommt nicht in Betracht, weil es sich nicht um Normen aus dem Geltungsbereich des GG handelt.

327) Vgl. BVerfGE 11, 150 betreffend das "Gesetz zum Schutz des innerdeutschen Handels" vom 21.4.1950 und die WirtschaftsstrafVO vom 23.9.1948 sowie BVerfGE 12, 99 betreffend das sowjetzonale Einkommensteuerrecht und Devisengesetz.

328) BVerfGE 12, 338; OLG Schleswig SchlHA 1961, 90 und 273; OLG Bremen NJW 1961, 378; KAYSER NJW 1961, 348; POPPE NJW 1961, 1440; zweifelnd PREISER NJW 1962, 847; a. A. nur OLG Düsseldorf NJW 1962, 881. Die genannten Stellen setzen sich dabei ausschließlich mit dem Schicksal von RHG-Entscheidungen auseinander, die die Zulässigkeit der Vollstreckung sowjetzonalen Strafurteile zum Gegenstand haben. Wegen der geringen praktischen Bedeutung von RHG-Entscheidungen anderer Art soll sich auch die vorliegende Arbeit hierauf beschränken.

Als - von Verfahrensfragen abgesehen - weniger praktische als rechtstheoretische Streitfrage ist dabei geblieben, ob es hierzu einer entsprechenden Anwendung des § 79 I BVerfGG bedarf oder ob man das gewünschte Ziel unter Ausklammerung dieser Bestimmung bereits mit Hilfe angemessener Auslegung des Begriffs "neue Tatsachen, die . . . ." in § 9 RHG erreichen kann. Wäre letzteres zu bejahen, so bestünde freilich für die Heranziehung von § 79 I BVerfGG kein Bedürfnis und es verbliebe für seine analoge Anwendung von vorneherein kein Raum <sup>329)</sup>.

KAYSER <sup>330)</sup>, PREISER <sup>331)</sup> sowie die in Fußn. 328 angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Schleswig und Bremen lehnen die Anwendbarkeit von § 9 RHG auf die vorliegenden Fälle mit dem Bemerkten ab, der Begriff der "neuen Tatsachen" in dieser Vorschrift sei derselbe wie in § 359 Nr. 5 StPO und es sei dort anerkannten Rechts, daß eine neue höchstrichterliche Entscheidung, ein Wechsel in der Rechtsprechung und selbst die Nichtigerklärung einer Norm nicht als "neue Tatsachen . . . ." betrachtet werden können.

Letzteres ist sicher richtig. Auch ist nicht zu verkennen, daß § 9 RHG dem § 359 Nr. 5 StPO nachgebildet ist <sup>332)</sup>. Dagegen verdient POPPE <sup>333)</sup> Zustimmung, wenn er die Schlußfolgerung der Vertreter dieser Meinung kritisiert, indem er ausführt, der fast gleiche Wortlaut in § 9 RHG und § 359 Nr. 5 StPO könne für eine inhaltliche Identität der Begriffe in den genannten Vorschriften nicht ausschlaggebend sein, der Begriff der "neuen Tatsachen und Beweismittel . . . ." werde vielmehr allein von Gegenstand und Zielrichtung des jeweiligen Verfahrens geprägt. POPPE stellt nun weiter heraus, daß Gegenstand und Zielrichtung der hier in Rede stehenden Verfahren grundlegend verschieden sind. Das Wiederaufnahmeverfahren nach den §§ 359 ff StPO dient dem Angriff auf Entscheidungen, die sich mit dem Vorliegen von Straftaten als solchen befassen; der Antrag auf eine erneute Entscheidung nach § 9 I RHG bezweckt hingegen die Überprüfung einer Entscheidung, die nicht das Vorliegen eines bestimmten Delikts bejaht, sondern nur die Vereinbarkeit dieser Entscheidung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgesprochen hat. POPPE folgert daraus, daß der Begriff der "neuen Tatsachen . . . ." im Fall des § 9 RHG ein umfassenderer sei als der des § 359 Nr. 5 StPO, weil er vor allem Tatsachen und Beweismittel einschließen müsse, die außerhalb des tatsächlichen Sachverhalts liegen, sich nämlich auf Zweck, ideologische Grundlagen und Auswirkungen des zu vollstreckenden Urteils und seiner Rechtsgrundlagen beziehen

---

329) PREISER NJW 1962, 844.

330) NJW 1961, 348.

331) NJW 1962, 845.

332) LÖWE-R. § 9 RHG Anm. 1.

333) NJW 1961, 1440.

oder die Art seines Zustandekommens betreffen. Auch dem ist beizupflichten. Zu weit geht POPPE aber, wenn er dem so durchaus bestehenden Erfordernis einer weiteren Auslegung des Begriffs in § 9 RHG den Schluß entnehmen will, es erscheine "nicht ausgeschlossen", auch die Entscheidungen anderer Gerichte zur Frage der Vereinbarkeit sowjetzonaler Gesetze mit der Verfassungsordnung der Bundesrepublik als "neue Tatsachen . . ." anzusehen. Eine neue, rein rechtliche Wertung ist der Einordnung in die Kategorie der Tatsachen unzugänglich. Wenn POPPE darauf hinweist, daß eine anderweitige gerichtliche Entscheidung jedenfalls dann Berücksichtigung im Rahmen des § 9 RHG finden müsse, wenn sie selbst neues Tatsachenmaterial enthält, so gibt dies nichts für seine Auffassung her, da dann nicht ein Erkenntnis eines anderen Gerichts als solches, sondern nur die zufällig hierdurch bekanntgewordenen neuen Tatsachen (im engeren Sinn) eine erneute Entscheidung rechtfertigen.

Aus diesen Gründen kann auch der Entscheidung des BVerfG <sup>334)</sup> zur Auslegung des § 9 RHG nicht zugestimmt werden. Das BVerfG hat offenbar gesehen, daß sich zwei Wege anbieten, um nach der Erklärung sowjetzonaler Strafnormen als mit der rechtsstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik unvereinbar zur Möglichkeit einer erneuten Entscheidung in Rechtshilfesachen zu gelangen. Es hat jedoch unter Aufgabe einer sauberen Trennung der verschiedenen Gesichtspunkte beide der hier anstehenden Rechtsfragen (1. Wie weit ist § 9 I RHG auszulegen?; 2. Kann § 79 I BVerfGG entsprechende Anwendung finden?) unnötigerweise miteinander verquickt, indem es von dem § 79 I BVerfGG zugrunde liegenden Rechtsgedanken ausgeht, niemand solle gezwungen sein, den Makel einer auf einem verfassungswidrigen Strafgesetz beruhenden Strafe auf sich lasten zu lassen und dann in recht vorsichtiger Form ausführt: "Ihm dürfte dadurch Rechnung zu tragen sein, daß der Begriff der 'Tatsache' in § 9 RHG weiter ausgelegt wird. Neue Tatsachen können daher auch Entscheidungen des BVerfG sein, die bindend feststellen, daß sowjetzonale Gesetze mit der durch das GG geschaffenen verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbar sind" <sup>335)</sup>.

Es bleibt sonach zu prüfen, ob in Rechtshilfesachen eine erneute Entscheidung in entsprechender Anwendung des § 79 I BVerfGG statthaft ist. Dies hängt wiederum davon ab, ob die Zulässigkeit der Vollstreckung sowjetzonaler Verurteilungen aussprechenden Entscheidungen Wirkungen nach sich ziehen, die mit denen einer in der Bundesrepublik ausgesprochenen Verurteilung zu Strafe selbst vergleichbar sind, so daß ihre Beseitigung einem elementaren Gebot der materiellen Gerechtigkeit entspricht und auch ein erhöhtes öffentliches Interesse an ihr besteht.

---

334) BVerfGE 12, 338.

335) BVerfGE 12, 338 (340 f).

PREISER<sup>336)</sup> will das verneinen, indem er bemerkt, Strafurteile eines sowjetzonalen Gerichts würden in der Bundesrepublik "nicht so hoch geachtet werden". Hat PREISER mit dieser Formulierung nur eine irgendwie geartete, mehr gefühls- als verstandesmäßig begründete Einstellung der Bevölkerung, die viel zitierte "öffentliche Meinung" im Auge, so handelt es sich um eine unbewiesene Behauptung, die gerade für diejenigen sowjetzonalen Verurteilungen nicht zutreffen dürfte, deren Vollstreckungsfähigkeit von hierzu berufenen Behörden der Bundesrepublik noch ausdrücklich bestätigt worden ist. Will er dagegen - und das wäre allein ausschlaggebend - hiermit sachliche und faßbare Unterschiede in der rechtlichen Behandlung von Verurteilungen durch Gerichte der Bundesrepublik und solchen sowjetzonaler Spruchkörper, denen die Vollstreckungsfähigkeit zuerkannt wurde, bejahen, so setzt er sich in offenen Widerspruch zu der vom RHG geschaffenen Regelung. Danach ist, wenn durch oberlandesgerichtlichen Beschluß oder abschließende, unanfechtbar gewordene Verfügung des Generalstaatsanwalts die Vollstreckung einer Strafe genehmigt worden ist, diese Bestrafung der zuständigen Registerbehörde mitzuteilen (§ 13 I RHG) und wie eine in der Bundesrepublik ausgesprochene Verurteilung ins Strafregister einzutragen (§ 13 I RHG). Der Verurteilte kann nicht mehr an anderer Stelle mit der Behauptung hervortreten, er sei zu Unrecht verurteilt worden<sup>337)</sup>: In § 16 ordnet das RHG ausdrücklich die bindende Wirkung solcher Rechtshilfeentscheidungen an und versagt sämtlichen anderen Behörden der Bundesrepublik eine von der Entscheidung des OLG-Senats bzw. des Generalstaatsanwalts abweichende Beurteilung. Angesichts dieser Rechtslage läßt sich die These nicht halten, § 79 I BVerfGG sei auf derartige unanfechtbar gewordene Entscheidungen nach dem RHG deswegen nicht entsprechend anwendbar, weil durch sie kein Strafmakel begründet werde, der mit dem einer Verurteilung in der Bundesrepublik vergleichbar ist.

Beachtlicher scheint jedoch PREISERS<sup>338)</sup> Argument gegen eine analoge Anwendung des § 79 I BVerfGG, inländische strafrichterliche Verurteilungen und RHG-Entscheidungen unterschieden sich dadurch wesentlich, daß im ersten Fall die Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen inländischen Strafnormen grundsätzlich zu bejahen sei und dementsprechend nur ganz selten - und dann lediglich als Vorfrage geprüft werden müsse, während es im Verfahren nach dem RHG "ausschließlich um die Rechtsstaatlichkeit und damit Grundgesetzmäßigkeit der sowjetzonalen Norm gehe", die die Grundlage des zu würdigenden Urteils etc. ist. Nach PREISER hat das Rechtshilfeverfahren im wesentlichen die gleiche Aufgabe wie

---

336) NJW 1962, 848.

337) LÖWE-R. § 13 RHG Anm. 1b.

338) NJW 1962, 847.

die eine Normenkontrolle einschließenden Verfahren vor dem BVerfG: die Abweichung des BVerfG von einer Entscheidung eines OLG sei deshalb hier nicht mehr als eine andersartige Rechtsauffassung hinsichtlich der in beiden Verfahrensarten entscheidenden Frage, die keine neuerliche Entscheidung im Verfahren nach dem RHG rechtfertige.

Auch dieser Gedankengang hält jedoch einer näheren Nachprüfung nicht stand. Einmal ist die von PREISER so stark betonte Verschiedenartigkeit der Rolle, die die Prüfung der Verfassungsmaßigkeit bzw. der Vereinbarkeit mit den vom GG umrissenen rechtsstaatlichen Grundsätzen in einem erkennenden Strafverfahren vor einem Gericht der Bundesrepublik und in einem Verfahren nach dem RHG spielt, keine grundsätzliche. Denn weungleich die Frage der Vereinbarkeit strafrechtlicher Normen mit der rechtsstaatlichen Grundordnung der Bundesrepublik bei einem Verfahren nach dem RHG ungleich stärker im Vordergrund steht als es im inländischen Strafprozeß die entsprechenden verfassungsrechtlichen Überlegungen tun, so bleibt sie doch eine Inzidentfrage und wird nicht zum Verfahrensgegenstand selbst. Als solcher kann nur die Frage der Zulässigkeit der Vollstreckung des sowjetzonalen Urteils selbst gelten<sup>339)</sup>. Zum andern enthält eine Entscheidung des BVerfG über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit sowjetzonaler Strafvorschriften mit der durch das GG geschaffenen verfassungsmaßigen Ordnung nicht nur irgendeine bestimmte Rechtsauffassung. Ihr kommt vielmehr nach § 31 BVerfGG Bindungswirkung zu. Die von PREISER angestellten Überlegungen werden deshalb der in verfassungsrechtlichen Fragen herausragenden Stellung des BVerfG, insbesondere aber der allgemein verbindlichen Wirkung seiner Entscheidungen zu den hier interessierenden Fragen nicht gerecht. Aus dem Umstand, daß im Verfahren nach dem RHG über die Zulässigkeit der Vollstreckung sowjetzonaler Straferkenntnisse die verfassungsrechtliche Tragbarkeit bestimmter sowjetzonaler Strafnormen einer besonderen Prüfung zu unterziehen ist, kann demnach ein Ausschluß der entsprechenden Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG auf diesem Rechtsgebiet nicht gefolgert werden. Die mit der Bejahung der Zulässigkeit einer Vollstreckung für den Betroffenen verbundenen bemäkelnden Rechtsfolgen verlangen vielmehr, auch Entscheidungen als geeignete Objekte für eine auf § 79 I BVerfGG gestützte Wiederaufnahme des Verfahrens (hier in der Form einer erneuten Entscheidung<sup>340)</sup>) zuzulassen, durch die die Vollstreckung sowjetzonaler Verurteilungen für zulässig erklärt worden ist.

---

339) Vgl. BVerfGE 11, 150 (159).

### III. DIE BESCHRÄNKUNG DES KREISES DER ANGREIFBAREN ENTSCHEIDUNGEN DURCH ZEITBESTIMMTE ERFORDERNISSE

#### 1. Die Beachtlichkeit des zeitlichen Verhältnisses von Entscheidungserlaß und Verfassungswidrigkeit der Norm

Im 2. Abschnitt dieses Teils wird die Relevanz des zeitlichen Verhältnisses von Inkrafttreten des GG und Inkrafttreten der für nichtig erklärten Norm für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG daraufhin untersucht werden, ob hierbei das Erfordernis der Nachkonstitutionalität besteht. Im Rahmen des § 79 I BVerfGG ist dieser Begriff aber auch bereits unter einem anderen Blickwinkel, nämlich mit Bezug auf das Wiederaufnahmeobjekt, von Bedeutung.

§ 79 I BVerfGG spricht schlechthin von Urteilen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, und macht somit keinen Unterschied zwischen vor Geltung des GG erlassenen Entscheidungen einerseits und nachkonstitutionellen andererseits; sein Wortlaut scheint damit eine Wiederaufnahmemöglichkeit auch gegenüber vorkonstitutionellen Erkenntnissen zu geben. Eine nähere Untersuchung zeigt jedoch, daß letztere keine tauglichen Objekte für ein auf § 79 I BVerfGG gestütztes Wiederaufnahmeverfahren sein können, sondern daß diese Vorschrift nur auf Entscheidungen anwendbar ist, die unter Geltung des GG ergangen sind. Vor seinem Inkrafttreten ergangene Erkenntnisse lassen nämlich alle Merkmale vermissen, die den Gesetzgeber bewogen haben, in § 79 I BVerfGG einen neuen Wiederaufnahmegrund zu schaffen und die damit gegebene Möglichkeit einer Rechtskraftdurchbrechung rechtfertigen:

Im Gegensatz zu entsprechenden nachkonstitutionellen Entscheidungen fehlt es bei ihnen zunächst daran, daß sie rechtsfehlerhaft zustande kamen. Infolge des Umstands, daß im Zeitpunkt ihres Erlasses noch keine entgegenstehende höherrangige Norm vorhanden war, mußte die später unter Geltung des GG verfassungswidrig gewordene Bestimmung zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung noch angewendet werden. Es läßt sich von solchen Entscheidungen auch nicht behaupten, es sei ihnen mit Inkrafttreten des GG nachträglich der Rechtsgrund entzogen worden. Faßt man die Nichtigerklärung einer Norm als konstitutiven, ex nunc wirkenden Akt auf, so versteht sich dies von selbst. Es gilt aber auch nichts anderes, wenn man dem verfassungsgerichtlichen Ausspruch nur deklaratorische Bedeutung beimißt und eine verfassungswidrige Norm eo ipso für nichtig erachtet, da diese Nichtigkeit immer erst von dem Zeitpunkt ab gegeben sein kann, in dem es zu einer Normenkollision kommt. Schließlich ginge es bei der Wiederaufnahme gegen ein vor Inkrafttreten des GG erlassenes Erkenntnis auch gar nicht darum, im Einzelfall der grob verletzten materiellen Gerechtig-

keit gegenüber der Rechtssicherheit zum Siege zu verhelfen. Auch die Änderung der Rechtsordnung durch das Inkrafttreten einer Verfassung macht eine unter Geltung des alten Rechts ergangene Entscheidung nicht zu einem Faktum, dessen Unantastbarkeit mit dem "elementaren Rechtsgefühl" in Widerspruch stünde. Diese Überlegungen zwingen zu einem Ausschluß vorkonstitutioneller Entscheidungen aus dem Geltungsbereich des § 79 I BVerfGG.

Das so gewonnene Ergebnis bedarf nun noch einer Präzisierung durch Ausdehnung auf diejenigen Entscheidungen, die zwar nachkonstitutionell sind, aber auf einer erst nach Entscheidungserlaß verfassungswidrig gewordenen Norm beruhen. Derartige Erkenntnisse sind denkbar als Folge der Möglichkeit, daß eine nachkonstitutionelle oder vorkonstitutionelle Norm zunächst unter der Geltung des GG verfassungsgemäß gewesen ist und erst später - nämlich wegen einer Verfassungsänderung - verfassungswidrig wird. Es kann für diese Fallgruppe nichts anderes als für vorkonstitutionelle Entscheidungen gelten, da die dort § 79 I BVerfGG unanwendbar machenden Gesichtspunkte auch hier in vollem Umfang Platz greifen.

Der Kreis der über § 79 I BVerfGG im Wege einer Wiederaufnahme des Verfahrens anfechtbaren Entscheidungen wird in zeitlicher Hinsicht also durch das Erfordernis begrenzt, daß die für nichtig erklärte Norm bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Wiederaufnahmeobjekts verfassungswidrig gewesen war.

## 2. Die Unbeachtlichkeit des zeitlichen Verhältnisses von Unanfechtbarkeit der Entscheidung und Nichtigerklärung der Norm

Neben dem Erfordernis der Nichtigkeit der Norm bereits im Zeitpunkt des Erlasses der anzugreifenden Entscheidung könnte es weitere zeitbezogene, ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für Anträge gemäß § 79 I BVerfGG sein, daß das Wiederaufnahmeobjekt bereits vor Nichtigerklärung der Norm Rechtskraft beschritten hatte. Ein Fehlen dieser Zulässigkeitsvoraussetzung käme bei Wiederaufnahmeobjekten, denen gegenüber ein ordentliches Rechtsmittel statthaft ist, in den beiden - praktisch in gleicher Weise höchst seltenen - Fällen in Betracht, daß entweder eine Norm bereits für nichtig erklärt worden war, bevor eine auf sie gestützte Entscheidung erlassen wurde oder aber, daß die Nichtigerklärung der Norm in die Zeit zwischen Erlaß der fehlerhaften Entscheidung und deren Unanfechtbarwerden fällt, bei unanfechtbaren Entscheidungen unter der Voraussetzung, daß ihr Erlaß der Nichtigerklärung folgte.

Zu Überlegungen der angestellten Art führt der Blick auf das Wesen der durch § 79 I BVerfGG geschaffenen Wiederaufnahmemöglichkeit als besondere Form eines ohnehin schon außerordentlichen Rechtsbehelfs, der es dem Betroffenen ermöglicht

chen soll, sich in Durchbrechung der überkommenen Strukturprinzipien des Wiederaufnahmerechts über die Rechtskraft einer Entscheidung hinwegzusetzen, weil diese auf einer groben Fehlleistung in der Rechtsanwendung, nämlich der Berücksichtigung einer verfassungswidrigen Norm, beruht. Wer nun diesen Mangel kannte oder auch nur hätte kennen müssen und es gleichwohl unterlassen hat, die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten ordentlichen Rechtsmittel zu ergreifen und schon mit ihrer Hilfe die Anwendung der verfassungswidrigen und auch bereits für nichtig erklärten Norm zu rügen, dem könnte man das sich aus § 79 I BVerfGG ergebende Recht abzusprechen geneigt sein, auch wenn dem Wortlaut der Vorschrift nichts in dieser Richtung zu entnehmen ist. KNESER<sup>340)</sup> bejaht in der Tat eine derartige Einschränkung.

Der hier aufgeworfene Gedanke ist streng von der an anderer Stelle zu streifenden Frage zu trennen, ob ein Wiederaufnahmeantrag irgendwie fristgebunden ist: Er beschäftigt sich nicht damit, ob der Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG wegen Ablaufs einer bestimmten Frist seit seiner Entstehung oder seit Eintritt der Rechtskraft des Wiederaufnahmeobjekts nicht mehr geltend gemacht werden kann, sondern fragt danach, ob eine strafrichterliche Entscheidung der Wiederaufnahme entzogen ist, wenn die Entstehung des Wiederaufnahmegrundes dem Eintritt der Rechtskraft vorangegangen war.

Es erheilt, daß ihm nur nähergetreten werden kann, wenn sich im Zusammenhang mit der Nichtigserklärung einer Norm ein Zeitpunkt findet, der einerseits immer eine eindeutige Antwort darauf gibt, ob der Wiederaufnahmegrund vor oder nach Eintritt der Rechtskraft entstanden war, und der andererseits die anzuerkennenden Interessen des Wiederaufnahmewerbers gebührend berücksichtigt.

Die hierfür in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten sind verschieden, je nachdem, ob in dem zur Nichtigserklärung führenden verfassungsgerichtlichen Verfahren eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder nicht: Im ersten Fall könnte auf den Zeitpunkt der Entscheidungsverkündung, den der Zustellung oder den ihrer amtlichen Veröffentlichung durch den Bundesminister der Justiz im Bundesgesetzblatt abgestellt werden. Ist die Entscheidung durch nicht verkündeten Beschluß ergangen, so stehen der Tag der Beschlußfassung durch den Senat, der der Zustellung der Entscheidung an die Beteiligten und wiederum der der Veröffentlichung der Entscheidung im Bundesgesetzblatt zur Wahl.

Von vorneherein auszuschneiden haben der Tag der Verkündung bzw. der der Beschlußfassung. Abgesehen davon, daß sie für verkündete und nicht verkündete Entscheidungen keine einheitliche Beurteilung darüber zuließen, ob der Wiederauf-

---

340) AÖR 89, 147.

nahmegrund des § 79 I BVerfGG vor oder nach Eintritt der Rechtskraft entstanden ist, würden sie den Interessen des Wiederaufnahmewerbers unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Informationsmöglichkeiten nicht gerecht. Die Verkündung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung wendet sich nicht an ihn, sondern kann von ihm allenfalls zufällig in Erfahrung gebracht werden, aber dann in jedem Fall erst mit mindestens mehreren Tagen Verzögerung. Die Rechtskraft der mit dem Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG behafteten Entscheidung würde angesichts der kurzen Rechtsmittelfristen<sup>341</sup> in aller Regel zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten sein mit der Folge, daß es in der Mehrzahl der Fälle zu einem Ausschluß der Wiederaufnahmemöglichkeit käme, obwohl dem Antragsteller keine wie auch immer geartete Saumigkeit zur Last gelegt werden kann. Noch unertraglicher wäre es, bei den nicht verkündeten Beschlüssen den Tag ihrer Fassung ausschlaggebend sein zu lassen. Mit diesem Zeitpunkt treten sie ja noch nicht einmal an die Außenwelt; er ist vielmehr nur von innerdienstlichem Interesse. Auf dieses Datum abzustellen, hieße demnach Wiederaufnahmeverfahren deshalb auszuschließen, weil der Wiederaufnahmewerber nicht zu einem Zeitpunkt die Verfassungswidrigkeit einer Norm mit Hilfe eines ordentlichen Rechtsmittels geltend machte, zu dem er von der Nichtigerklärung der Norm noch nichts wissen konnte.

Für das bei verkündeten wie nicht verkündeten Entscheidungen in Betracht kommende Datum der Zustellung gilt ähnliches: Die Zustellung verschafft nur den formell am Verfahren Beteiligten sichere Kenntnis von der Nichtigerklärung und sonst niemandem. Hinzu kommen noch Unsicherheiten in der Bestimmung des Zustellungszeitpunkts selbst: Bei Vorhandensein mehrerer formell Beteiligter (z.B. auf Grund der Verbindung mehrerer Verfassungsbeschwerden) können die Zustellungen an verschiedenen Tagen bewirkt werden, womit man vor das Problem gestellt wäre, darüber zu entscheiden, auf welche der Zustellungen es hier ankommen solle. Umgekehrt kann bei einer Nichtigerklärung im Verfahren auf Richtervorlage nach Art. 100 I GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG der Fall eintreten, daß überhaupt keine förmliche Zustellung erfolgt; da Beteiligte und somit ausschließliche Zustellungsempfänger in dieser Verfahrensart nur die dem Verfahren nach § 82 II BVerfGG beigetretenen Verfassungsorgane - nicht etwa auch die vorliegenden Gerichte - sind<sup>342</sup>, unterbleibt eine Zustellung in diesem Verfahren immer dann, wenn - wie praktisch recht häufig - dem Verfahren kein Verfassungsorgan beigetreten war.

---

341) Vgl. z.B. für Berufung und Revision §§ 314, 341 StPO; Einlegungsfrist jeweils eine Woche.

342) BVerfGE 3, 224 (228 ff); PFEIFFER S. 315.

Ein Ausschluß des Wiederaufnahmerechts gegenüber bestimmten Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt, der Wiederaufnahmewerber habe es versäumt, nach Feststellung der Nichtigerklärung ein ordentliches Rechtsmittel einzulegen, erscheint sonach nur mehr dann möglich, wenn der Tag der Veröffentlichung der die Nichtigerklärung der Norm aussprechenden Entscheidung eine geeigneten Abgrenzungszeitpunkt böte. Die Praktikabilität einer solchen Lösung verlangt zunächst, daß jede Entscheidung des BVerfG, durch die eine Norm für nichtig erklärt worden ist, eine Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt erfährt. Im Hinblick auf die Neufassung von § 31 II BVerfGG<sup>343)</sup> ist diese Voraussetzung nunmehr durch das Gesetz selbst eindeutig gegeben<sup>344)</sup>. Damit läßt das Kriterium der Veröffentlichung der verfassungsgerechtlichen Entscheidung im Bundesgesetzblatt anders als die bisher erörterten Abgrenzungsversuche in jedem Fall eine für verkündete wie nicht verkündete Entscheidungen einheitliche und auch immer eindeutig zu treffende Feststellung darüber zu, ob ein Wiederaufnahmeobjekt vor oder nach der Nichtigerklärung der in ihm zum Zug gekommenen Norm rechtskräftig wurde; seine formale Eignung ist nicht zu bezweifeln. Man kann sich jedoch nicht mit vertretbaren Gründen auf den Standpunkt stellen, mit der Veröffentlichung der Nichtigerklärung im Bundesgesetzblatt müsse jeder Bürger von ihr Kenntnis haben, so daß das Nichtgebrauchmachen von einem zu diesem Zeitpunkt noch zulässigen ordentlichen Rechtsmittel den Ausschluß des sich aus § 79 I BVerfGG ergebenden Wiederaufnahmerechts rechtfertige oder gar erforderlich mache. Eine derartige Betrachtungsweise hieße in jedem Fall die an einen Wiederaufnahmewerber billigerweise zu stellenden Anforderungen überspannen ohne Rücksicht darauf, ob er sich eines Verteidigers bedient oder nicht, und ungeachtet der Dauer der Zeitspanne, die im Einzelfall zwischen Entstehung des Wiederaufnahmegrundes und Rechtskräftigwerden des Wiederaufnahmeobjekts liegen mag.

KNESER<sup>345)</sup> verweist diesen Schwierigkeiten gegenüber darauf, daß dem Betrof-

343) Durch Art. 1 Nr. 2 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 3. 8. 1963 (BGBl. I S. 589).

344) § 31 II BVerfGG a.F. sprach der Nichtigerklärung einer Norm auf eine Verfassungsbeschwerde hin nicht ausdrücklich die Gesetzeskraft zu, an die die Pflicht des Bundesministers der Justiz zur Veröffentlichung anknüpft. Dessen ungeachtet wurde aber die Gesetzeskraft von nichtigerklärenden Entscheidungen auch dieser Verfahrensart allgemein bejaht (vgl. BVerfGE 3, 19 (34); GEIGER § 31 Anm. 10 und § 95 Anm. 10) und die Veröffentlichung solcher Entscheidungen im Bundesgesetzblatt vorgenommen, so etwa bei der teilweisen Nichtigerklärung von § 90a I und III StGB (BGBl. 1961 I S. 455) und in den Fällen der Nichtigerklärung von §§ 71 StVZO und 49 StVO (BGBl. 1962 I S. 452 und 592).

345) AöR 89, 148.

fenen "in aller Regel" dadurch geholfen werden könne, daß man ihm wegen unverschuldeter Rechtsunkenntnis Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähre. Nun wird zwar vereinzelt anerkannt, daß auch ein Rechtsirrtum einen Wiedereinsetzungsgrund abgeben kann<sup>346)</sup>. Dies soll jedoch nur dann gelten, wenn der Irrtum auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt unvermeidbar war<sup>347)</sup>. Es wird deshalb immer wieder Fälle geben, bei denen diese strengen Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung nicht als erfüllt zu erachten sind, dessen ungeachtet aber die Billigkeit erfordert, dem Betroffenen eine Möglichkeit des Vorgehens gegen das belastende Erkenntnis zu geben, so daß ein Ausschluß des Wiederaufnahmerechts unvertretbar wäre. Außerdem versagt die Auffassung KNESERS ein tragbares Ergebnis, wenn eine mit ordentlichen Rechtsmitteln unangreifbare, etwa eine letztinstanzielle Entscheidung noch eine soeben für nichtig erklärte Norm enthält.

Ganz abgesehen davon, daß es also selbst unter Berücksichtigung der durch das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegebenen Möglichkeiten an einem zeitlichen Kriterium für den Ausschluß von Wiederaufnahmeverfahren wegen Nichtigerklärung vor Eintritt der Rechtskraft fehlt, das unbillige Härten vermeiden könnten, stünde einer einschränkenden Auslegung von § 79 I BVerfGG der erwogenen Art auch entgegen, daß sich der Sinn der Gewährung der Wiederaufnahmemöglichkeiten nicht darin erschöpft, nachträglich Rechtseinbußen der von objektiv falschen, aber unanfechtbar gewordenen Erkenntnissen Betroffenen auszugleichen, sondern über die Interessen des einzelnen hinausgreift. Für den in § 79 I BVerfGG geschaffenen Wiederaufnahmegrund im besonderen ist dies bereits oben S. 18 ausgeführt worden. Darüber hinaus muß aber noch betont werden, daß auch im übrigen jedes Wiederaufnahmeverfahren mit dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit als solchem und dem staatlichen Interesse an einwandfreier Sachverhaltsaufklärung und richtiger Rechtsanwendung dient<sup>348)</sup>. Dementsprechend verneinen z.B. seit jeher die Rechtsprechung und heute ebenso das Schrifttum einhellig die dem vorliegenden Problem verwandte Frage, ob ein auf § 359 Nr. 5 StPO gestützter Wiederaufnahmeantrag deswegen unzulässig ist, weil - was freilich ebenfalls sehr selten vorkommen wird - dem rechtskräftig Verurteilten die von ihm vorgebrachten und für das Gericht neuen Tatsachen oder Beweismittel bereits bekannt gewesen waren, als er sie im ursprünglichen Prozeß noch hatte vorbringen können<sup>349)</sup>. Dieser Erkenntnis folgend enthält das geltende Recht

346) ROSENBERG § 77 II 2a.

347) ROSENBERG a. a. O.

348) GIEHL S. 19 und 50; WALTER S. 80.

349) RGSt 2, 323 und Rspr. 2, 31; OLG Hamm GA 1957, 90; KM § 359 Anm. 7a; LÖWE-R. § 359 Anm. 18a; Eb. SCHMIDT § 359 Erl. 18; SCHWARZ-KL. § 359 Anm. 6 A; PETERS S. 538.

auch nicht mehr die Einschränkung des § 359 Nr. 5 StPO a.F. <sup>350)</sup>, daß der Verurteilte in den vor dem Amtsrichter oder dem Schöffengericht verhandelten Sachen nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel beibringen könne, die er im früheren Verfahren nicht gekannt habe oder ohne Verschulden nicht habe geltend machen können.

Die Anerkennung einer Beschränkung der aus § 79 I BVerfGG folgenden Antragsmöglichkeiten oben erwogener Art liefe sonach schließlich sowohl der Doppelfunktion des § 79 I BVerfGG als auch einem das Wiederaufnahmerecht im übrigen durchziehenden Grundgedanken zuwider. Damit ist als Ergebnis festzuhalten, daß der Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung erst nach Nichtigerklärung einer Norm, deretwegen eine Durchbrechung der Rechtskraft angestrebt wird, die Zulässigkeit eines entsprechenden Wiederaufnahmeantrags nicht in Frage stellt.

#### IV. DIE ANTRAGSBERECHTIGUNG

Für die neben der Tauglichkeit einer Entscheidung bestimmter Art zum Wiederaufnahmeobjekt im Rahmen der Statthaftigkeit zu prüfenden Frage der Antragsberechtigung <sup>351)</sup> ergeben sich bei § 79 I BVerfGG keine Besonderheiten gegenüber der für die Wiederaufnahmegründe der StPO geltenden Regelung. Da § 79 I BVerfGG einen Wiederaufnahmegrund nur zugunsten des Verurteilten schafft <sup>352)</sup>, beschränkt sich dabei die Fragestellung hier von vornherein auf die Bestimmung des Personenkreises, der eine "günstige" Wiederaufnahme einleiten kann. Wie bei Anträgen, die auf einen der Wiederaufnahmegründe des § 359 StPO gestützt werden, ist zu unterscheiden, ob der Antrag zu Lebzeiten oder nach dem Tode des Verurteilten gestellt wird:

Im ersten Fall sind zunächst der Verurteilte selbst, sein gesetzlicher Vertreter (§§ 365, 298 I StPO) <sup>353)</sup> und im Rahmen des § 297 StPO sein Verteidiger antragsbefugt, nicht dagegen der als Beistand nach § 149 StPO zugelassen gewesene Ehegatte des Verurteilten und der ihm im Jugendstrafverfahren bestellte Beistand, dem § 69 III 2 JGG die Rechte des Verteidigers nur in der Hauptverhandlung einräumt <sup>354)</sup>. Daneben hat - was den §§ 365, 296, 301 StPO entnommen werden muß - auch die Staatsanwaltschaft ein Antragsrecht, dem im Rahmen von

350) Aufgehoben durch Art. 6 der Dritten VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.5.1943 (RGBl. I S. 342).

351) Vgl. etwa ROSENBERG § 134 II 1 a.

352) Siehe oben S. 37.

353) Im Jugendstrafverfahren auch der Erziehungsberechtigte, § 67 III JGG.

354) DALLINGER-LACKNER § 69 Rdn. 28; GRETHLEIN § 69 Anm. 3b.

Verfahren nach § 79 I BVerfGG angesichts dessen ausgeprägter Funktion im Interesse der Öffentlichkeit besondere Bedeutung zukommt und das nach Nichtigerklärung der §§ 71 StVZO und 49 StVO<sup>355)</sup> die Umstellung zahlreicher verlassungsverletzender Entscheidungen auf § 21 StVG ermöglichte. Einer Erwähnung bedarf schließlich noch die Antragsberechtigung der Angehörigen<sup>356)</sup> des in Abwesenheit Verurteilten auf Grund von § 365 in Verbindung mit den §§ 281 und 282b StPO<sup>357)</sup>.

Nach dem Tode des Verurteilten können dessen Ehegatte, Verwandte in gerader Linie und Geschwister als Wiederaufnahmewerber tätig werden, § 361 II StPO. Mit dieser Regelung ist der Wegfall des Antragsrechts für Verteidiger und gesetzlichen Vertreter des Verstorbenen verbunden<sup>358)</sup>, nicht aber wird durch sie die Antragsbefugnis der Staatsanwaltschaft berührt, die vielmehr zu jeder Zeit einen Wiederaufnahmeantrag zugunsten eines Verurteilten einbringen kann<sup>359)</sup>.

## 2. ABSCHNITT

### Die Antragserfordernisse formeller Natur

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ex officio ist unserem geltenden Strafprozeßrecht fremd: jede Durchbrechung der Rechtskraft setzt vielmehr eine entsprechende Prozeßhandlung, den Wiederaufnahmeantrag eines zu seiner Stellung Befugten<sup>360)</sup> voraus<sup>361)</sup>. Von diesem Grundsatz macht auch das von § 79 I BVerfGG ausgehende Verfahren keine Ausnahme, es kann nur auf einen Wiederaufnahmeantrag hin in Gang kommen.

Wie jeder andere Wiederaufnahmeantrag ist auch ein auf § 79 I BVerfGG gestützter nach der hier ebenfalls geltenden Regelung der StPO unbefristet; seine Zulässigkeit hängt also nicht davon ab, daß er innerhalb eines bestimmten Zeitraums

355) BVerfGE 14, 174 und 14, 254.

356) Der Angehörigenbegriff ist hier unabhängig von § 52 II StGB und im weitesten Sinne zu verstehen, vgl. LÖWE-R. § 98 Anm. II 5b.

357) NEUMANN S. 93.

358) Vgl. statt aller LÖWE-R. § 361 Anm. 3.

359) RGSt 10, 423 und allgemeine Meinung im Schrifttum.

360) Über den Kreis der Antragsberechtigten siehe oben S. 95.

361) Allgemeine Meinung. Vgl. etwa LÖWE-R. Vorb. 1 vor § 359; Eb. SCHMIDT Vorb. 14 vor § 359.

seit Eintritt der Rechtskraft oder seit Entstehen oder Bekanntwerden des Wiederaufnahmegrundes gestellt wird. Gemäß § 361 I StPO wird er auch durch die bereits erfolgte Strafvollstreckung nicht gehindert und selbst durch den Tod des Verurteilten nur nach Maßgabe von § 371 I StPO eingeschränkt. Die Prüfung der formellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags beschränkt sich deshalb darauf, ob er formgerecht im weiteren Sinne ist, d.h. ob er bei dem für seine Prüfung zuständigen Gericht eingereicht wurde, die vorgeschriebene Form im engeren Sinn einhält und schließlich den notwendigen Inhalt aufweist.

## I. DIE ZUSTÄNDIGKEIT DES ANGEANGENEN GERICHTS

### 1. Die grundsätzliche Regelung

Im Rahmen der Untersuchungen über die Statthaftigkeit von Wiederaufnahmeanträgen nach § 79 I BVerfGG wurde erörtert, welche der in einem mehrinstanziellen Verfahren ergangenen verschiedenen Entscheidungen im Einzelfall Wiederaufnahmeobjekt ist <sup>362)</sup>. In engem Zusammenhang damit steht die Frage, wer jeweils richtiger Adressat eines Wiederaufnahmebegehrens ist. Nach § 367 I 1 StPO ist nämlich Wiederaufnahmegericht das Gericht, dessen Urteil mit dem Wiederaufnahmeantrag angefochten wird. Da diese Vorschrift auch für Verfahren Geltung besitzt, die von § 79 I BVerfGG ausgehen, bereitet die Bestimmung des für die Behandlung des Antrags zuständigen Gerichts anhand der schon oben gewonnenen Ergebnisse abgesehen vom ohnehin unproblematischen Fall des Rechtskrafteintritts bereits in erster Instanz auch bei Mehrinstanzlichkeit keine Schwierigkeiten, jedenfalls soweit danach das erstrichterliche oder das Urteil des Berufungsgerichts als angegriffen angesehen werden muß <sup>363)</sup>.

### 2. Der Antragsadressat beim Angriff auf ein Revisionsurteil

Zweifel ergeben sich jedoch dann, wenn ein Revisionsurteil angegriffen wird und Wiederaufnahmeobjekt ist. Das hat seine Ursache in § 367 I 2 StPO, der bei An-

---

362) Oben S. 56 ff.

363) Wie oben S. 60 ff. ausgeführt, kann das auch der Fall sein, wenn in einem Verfahren bereits das Revisionsgericht in der Sache selbst entschieden hat, dessen Entscheidung aber der Wiederaufnahmegrund nicht anhaftet.

fechtung eines Revisionsurteils das Revisionsgericht nur unter der Voraussetzung zum Wiederaufnahmegericht bestimmt, daß eine Amtspflichtverletzung eines Revisionsrichters geltend gemacht wird, im übrigen hingegen dasjenige Gericht für zuständig erklärt, gegen dessen Urteil seinerzeit Revision eingelegt worden war. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte also ein auf § 79 I BVerfGG gestützter, gegen ein Revisionsurteil gerichteter Wiederaufnahmeantrag nicht an das Revisionsgericht, sondern an die Vorinstanz gehen. Hierauf wird auch in der Tat vereinzelt abgestellt <sup>364)</sup>.

Gegen diese Betrachtungsweise drangen sich jedoch Bedenken auf, wenn man auf den Grund zurückgeht, aus dem § 367 I 2 StPO das Revisionsgericht nur in Fällen der Wiederaufnahme nach §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 1 StPO zur Entscheidung über den Antrag beruft. Wie die Motive zu § 327 des Entwurfs der StPO zeigen <sup>365)</sup>, war für den Gesetzgeber hierbei die Erwägung ausschlaggebend, daß mangels einer Befugnis des Revisionsgerichts zu selbständigen Feststellungen dem das Verfahren beendenden Revisionsurteil nur die von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen zugrunde liegen können. Deswegen übertrug man die Prüfungszuständigkeit auf diese Vorinstanz, um zu verhindern, daß sich das Revisionsgericht mit Angriffen gegen tatsächliche Feststellungen befassen muß, die es nicht selbst getroffen hatte, und glaubte, dadurch auch nicht das untere Gericht in die Lage zu bringen, an der Entscheidung des Revisionsgerichts möglicherweise Kritik üben zu müssen <sup>366)</sup>. Insoweit hebt § 367 I 2 StPO lediglich hervor, daß es für die Zuständigkeit des Wiederaufnahmegerichts nicht darauf ankommt, in welche Instanz das rechtskräftig angeschlossene Verfahren gelangt war, sondern darauf, in welcher Instanz der Wiederaufnahmegrund zutage trat. Die Vorschrift stellt damit zunächst in näherer Erläuterung von § 367 I 1 StPO für die bis in die Revisionsinstanz gediehenen Verfahren klar, welches Urteil als angegriffen anzusehen ist.

Die Bedeutung des § 367 I 2 StPO erschöpft sich nun zwar nicht in dieser Interpretation, auf Grund derer von vorneherein die Gleichbehandlung von § 79 I BVerfGG und §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO für die Frage der Zuständigkeit außer Zweifel stünde. Der Gesetzgeber übersah nämlich, daß auch andere Wiederaufnahmegründe der StPO als der in §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 enthaltene dem Revisionsverfahren selbst anhaften können - etwa bei Gelegenheit von Beweiserhebungen über formelle Fragen <sup>367)</sup>. Da es der eindeutige Wortlaut der Bestimmung nicht zuläßt, in diesen Fällen die Zuständigkeit des Revisionsgerichts dogmatisch sinnvoll gleich-

364) OLG Düsseldorf, NJW 1962, 2265; KNESER A6R, 89, 161.

365) HAHN Mat. I S. 266.

366) NEUMANN S. 126.

367) So schon von KRIES S. 710.

falls zu bejahen <sup>368)</sup>, schafft § 367 I 2 StPO für sie eine Ausnahme vom Grundsatz des § 367 I 1 StPO: Die Zuständigkeit wird einem anderen Gericht als dem übertragen, dessen Urteil angefochten wird <sup>369)</sup>.

Dieser Ausschluß der Zuständigkeit des Revisionsgerichts bei Angriffen gegen seine Entscheidungen kann jedoch nur für Wiederaufnahmegründe anerkannt werden, die dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 367 I 2 StPO bereits bekannt waren. Bei einer Erweiterung des Katalogs der Wiederaufnahmegründe - zumal außerhalb der StPO und nur unter einer globalen Verweisung auf ihre Vorschriften - besteht hingegen kein Hindernis, den in § 367 I 2 StPO primär zum Ausdruck kommenden Gedanken folgerichtig durchzuführen, daß immer das Gericht zuständig sein soll, dessen Entscheidung die Wiederaufnahmegründe anhaften. Die h.M. <sup>370)</sup>, die - teils allerdings die Problematik übersehend, die sich daraus ergibt, daß § 367 I 2 StPO auch eine Ausnahme zu § 367 I 1 StPO darstellt - in § 367 I 2 StPO dem Wiederaufnahmegrund der §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO den des § 79 I BVerfGG zur Seite stellt, verdient deshalb im Ergebnis Zustimmung.

Der BGH hat zu dieser Frage bisher nicht umfassend Stellung genommen. Er hat lediglich entgegen der h.M. und der hier vorgetragenen Auffassung ausgesprochen, daß der Tatrichter und nicht das Revisionsgericht über einen auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrag jedenfalls dann zu befinden habe, wenn das Revisionsgericht nicht selbst gemäß § 371 StPO ohne Hauptverhandlung abschließend entscheiden könne, im übrigen das Problem aber dahingestellt sein lassen <sup>371)</sup>. Zur Begründung seiner Ansicht stellt der BGH auf das Gebot der Prozeßökonomie ab, das er verletzt glaubt, wenn man vor dem Revisionsgericht eine erneute Hauptverhandlung verlange, die möglicherweise in einer Zurückverweisung an den Tatrichter mit erneuter Revisionsmöglichkeit ende <sup>372)</sup>. Außerdem hält der BGH es

---

368) RGSt 47, 45 (48); NEUMANN S. 127 mit zahlreichen Nachweisen.

369) LÖWE-R. § 367 Anm. 3a; GERLAND S. 442.

370) OLG Hamm NJW 1962, 2265; OLG Köln NJW 1963, 457; OLG Hamburg MDR 1963, 240 sowie unv. Beschl. des OLG Stuttgart vom 12. 11. 1962 - 1 Ws 309/62; LÖWE-R. § 367 Anm. 3a; KM § 367 Anm. 3; MAURER JZ 1963, 670.

371) BGHSt 18, 339 (342).

372) So wäre es z.B. in dem Fall gewesen, über den der BGH zu entscheiden hatte: Der Angeklagte war im Erstprozeß wegen zweier tateinheitlicher Vergehen bestraft worden, von denen nur eines durch den Wiederaufnahmegrund unmittelbar betroffen wurde, so daß der Tatrichter für das möglicherweise verbleibende andere Vergehen eine Strafe neu hätte festsetzen müssen,

für bedenklich, die Prozeßbeteiligten durch Übertragung der Zuständigkeit auf das Revisionsgericht um die Beschwerdemöglichkeit zu bringen, die sich andernfalls aus § 372 StPO für sie ergibt.

Diese Überlegungen rechtfertigen es nicht, das Revisionsgericht generell von der Prüfung von Wiederaufnahmeanträgen gemäß § 79 I BVerfGG auszuschließen. Der vom BGH herangezogene Gedanke der Prozeßwirtschaftlichkeit würde sich dabei nämlich in das Gegenteil verkehren: Dem Vorteil, in manchen Fällen der Gefahr einer Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz und der damit verbundenen neuen Revisionsmöglichkeit aus dem Wege zu gehen, stünde eine Unzahl von Verfahren gegenüber, in denen die Tatsacheninstanz unnötigerweise unter ausdrücklicher Aufhebung des ursprünglichen Revisionsurteils<sup>373)</sup> erneut entscheiden müßte und dieses Urteil wiederum der Revision unterläge, während sich nach der hier vertretenen Meinung das Erneuerungsverfahren vor dem zu einer unangreifbaren Entscheidung fähigen Revisionsgericht abwickeln würde. Der Verlust einer Beschwerdemöglichkeit erscheint unbedenklich, da er eine sachliche Rechtfertigung daraus erfährt, daß sich der Wiederaufnahmeantrag seinem Inhalt nach eben gegen ein Revisionsurteil wendet.

Aber auch dann, wenn der BGH in Fällen der Entscheidungsmöglichkeit gemäß § 371 StPO anderes gelten ließe, also die Zuständigkeit für die Entscheidung über Wiederaufnahmeanträge nach § 79 I BVerfGG auf tatrichterliche Instanz und Revisionsgericht je nach Erforderlichkeit einer neuen Hauptverhandlung verteilen wollte, könnte seine Auffassung keine Zustimmung verdienen. Eine solche Differenzierung unterläge gleichfalls entscheidenden Bedenken: Für den Antragsteller ist es keineswegs von vorneherein ersichtlich, ob sein Antrag einer Behandlung nach § 371 II StPO zugänglich ist oder nicht. Er müßte damit gewärtigen, daß sein Antrag wegen fehlender Zuständigkeit des angegangenen Gerichts als unzulässig verworfen würde<sup>374)</sup>, nur weil er das Ergebnis seines Antrags nicht richtig eingeschätzt hatte. Wenn er durch diese Verwerfung wegen eines äußeren Mangels auch nicht gehindert würde, jederzeit vor dem zuständigen Gericht einen neuen Antrag anzubringen<sup>375)</sup>, so wäre damit doch in jedem Fall für den Wiederaufnahmewerber ein nicht unerheblicher Zeitverlust sowie eine nachteilige Kostenentscheidung gemäß § 473 II StPO verbunden. Neben dem Risiko solcher Nachteile für den Antragsteller brächte eine Differenzierung aber auch Umständlichkeiten für das Revisionsgericht mit sich, das über die Zulassung eines Antrags erst dann entscheiden könnte, wenn es sich über die Erforderlichkeit einer neuen Hauptverhandlung

---

373) LÖWE-R. § 367 Anm. 3a.

374) Vgl. RGSt 47, 45.

375) NEUMANN S. 140.

klar geworden ist, wozu es nicht selten eingehender Überlegungen bedürfte, deren Ergebnis dann gegebenenfalls die Unzuständigkeit des Gerichts wäre, das sie angestellt hatte.

Aus diesen Gründen ist eine Zuständigkeit des Tatrichters zur Entscheidung über Wiederaufnahmeanträge nach § 79 I BVerfGG, deren Objekt ein Revisionsurteil ist, auch dann zu verneinen, wenn sich das Erneuerungsverfahren nicht in einem Beschluß nach § 371 StPO erschöpft. Richtiger Adressat ist vielmehr immer das Revisionsgericht, dessen Entscheidung angegriffen wird.

### 3. Der Antragsadressat bei Wegfall des Gerichts, dessen Entscheidung angegriffen wird

Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Antragsadressaten tauchen - allerdings nur für die hier zum Begriff der Norm vertretene weite Auffassung, nicht auch für die Praxis <sup>376)</sup> - endlich auf, wenn infolge Nichtigerklärung einer Norm gerade das Gericht weggefallen ist, das nach den oben dargelegten Regeln zur Behandlung des Wiederaufnahmeantrags zuständig gewesen wäre, so wie es etwa bei den baden-württembergischen Friedensgerichten der Fall war.

HOEGEN <sup>377)</sup>, REIFF <sup>378)</sup> und das LG Heidelberg <sup>379)</sup> möchten dann die Zuständigkeit bei dem Gericht wissen, das richtigerweise anstelle des verfassungswidrigen Gerichts hätte entscheiden müssen, beim sog. Sollgericht. Dem naheliegenden Einwand, was geschehen solle, wenn sich hiernach gemäß §§ 7 - 11, 13 StPO im Einzelfall mehrere Gerichte als zuständig erweisen, wollen sie mit dem Hinweis begegnen, insofern sei dem Verurteilten ähnlich der Staatsanwaltschaft bei der Anklageerhebung ein Wahlrecht einzuräumen.

Diesem Lösungsversuch muß jedoch entgegengehalten werden, daß § 367 StPO die Zuständigkeit eines Gerichts zur Entscheidung über einen Wiederaufnahmeantrag gerade nicht davon abhängig macht, ob es für die erste Hauptverhandlung überhaupt zuständig gewesen war oder nicht <sup>380)</sup>. Er würde also dem in § 367 StPO zum Ausdruck kommenden Gedanken zuwiderlaufen, daß sich die Zuständigkeit allein danach richten solle, von welchem Gericht das Wiederaufnahmeobjekt herührt. Hinzu kommt noch, daß wegen etwaiger Unterschiede im Aufbau der für

---

376) Dazu siehe unten S. 111.

377) Die Justiz 1960, 29.

378) NJW 1960, 1560.

379) NJW 1960, 929.

380) LÖWE-R. § 367 Anm. 1.

verfassungswidrig erklärten Gerichtsbarkeit und der "Sollgerichtsbarkeit" möglicherweise nicht bestimmt werden könnte, welches "Sollgericht" in dem Verfahrensstadium entschieden hätte, in dem die Wiederaufnahme geboten ist <sup>381)</sup>.

Als Möglichkeit, die danach in der StPO vorhandene Lücke zu schließen, bietet sich eine analoge Anwendung der §§ 17 I und 18 I, III des Zuständigkeitsergänzungsgesetzes vom 7.8.1952 <sup>382)</sup> an, wonach für die Wiederaufnahme des Verfahrens gegenüber Urteilen von Gerichten, an deren Sitz deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt wird, sowie gegenüber Urteilen der ehemaligen Wehrmächts- und Sondergerichte das Landgericht für zuständig erklärt ist, in dessen Bezirk der Verurteilte zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes seinen Wohnsitz oder (hilfsweise) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Diesen Weg einzuschlagen verbietet sich aber im Hinblick darauf, daß das Zuständigkeitsergänzungsgesetz nur der Regelung gerichtsverfassungsrechtlicher Fragen dient, die im Zusammenhang mit den politisch-territorialen Umwälzungen bei Kriegsende 1945, also aus einem ganz bestimmten geschichtlichen Ereignis heraus entstanden sind, wobei sich das Gesetz in seinem § 1 sogar noch bewußt auf die Behandlung einiger Fallgruppen beschränkt. Angesichts dieser begrenzten Aufgabe ist seine analoge Anwendung auf Sachverhalte, die mit den in ihm berücksichtigten nicht mehr gemeinsam haben als das Fortfallen eines Gerichts als solches, nicht zulässig <sup>383)</sup>.

Keine Lösung stellt schließlich der Vorschlag KNESERS <sup>384)</sup> dar, das zuständige Gericht nach § 13a StPO durch den BGH bestimmen zu lassen. Hierbei würde nämlich übersehen, daß diese Vorschrift nur die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts ermöglicht, also das Feststehen der sachlichen Zuständigkeit eines Gerichts für das einzuschlagende Verfahren zur Voraussetzung hat <sup>385)</sup>. An diesem Erfordernis fehlt es jedoch, wenn das Gericht wegen Verfassungswidrigkeit der es einrichtenden Norm wegfällt, so daß für eine Anwendbarkeit von § 13a StPO hier kein Raum ist.

Danach ließe sich die Frage nach dem richtigen Adressaten des Wiederaufnahmeantrags bei Wegfall des Gerichts, das die anzugreifende Entscheidung erlassen hat, nur durch den Gesetzgeber beantworten. Auf Grund der Rechtsprechung des BVerfG zum Begriff der Norm in § 79 I BVerfGG <sup>386)</sup> dürfte er freilich nie bemüht werden.

381) KNESER AÖR 89, 162.

382) BGBl. I S. 407.

383) KNESER AÖR 89, 162.

384) a. a. O.

385) BGHSt 12, 326; LÖWE-R. § 13a Anm. 5; SCHWARZ-KL. § 13a Anm. 3.

386) Siehe unten S. 111.

## II. FORM UND INHALT DES ANTRAGS

### 1. Die Form des Antrags

Die bei Stellung eines Wiederaufnahmeantrags zu wahrende Form wird durch § 366 II StPO festgelegt. Es ergeben sich insofern bei Verfahren nach § 79 I BVerfGG keine Abweichungen gegenüber Anträgen, die auf Wiederaufnahmegründe der StPO gestützt werden.

Danach können der Angeklagte und die an seiner Stelle antragsberechtigten Personen<sup>387)</sup> den Antrag entweder durch Einreichung einer vom Verteidiger<sup>388)</sup> oder einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Wiederaufnahmegerichts<sup>389)</sup> stellen, wobei zu beachten ist, daß die gesetzlichen Anforderungen als nicht erfüllt angesehen werden, wenn Form und Inhalt des Schriftstücks ergeben, daß die rechtskundige Person in keiner Weise auf seine Abfassung eingewirkt hat, ihre Mitwirkung also rein äußerlich ist<sup>390)</sup>. Für Wiederaufnahmeanträge der Staatsanwaltschaft enthält das Gesetz keine besonderen Formvorschriften; es genügt deshalb nach allgemeinen Grundsätzen Schriftform<sup>391)</sup>.

### 2. Die inhaltlichen Erfordernisse des Antrags

Für den notwendigen Inhalt des Wiederaufnahmeantrags, dessen Wirksamkeit nicht von der terminologisch korrekten Bezeichnung des Rechtsbehelfs abhängig ist<sup>392)</sup>, schreibt § 366 I StPO die Angabe des gesetzlichen Grundes der Wiederaufnahme und der Beweismittel vor.

Was den ersten Punkt betrifft, so hat der Wiederaufnahmewerber im Fall des § 79 I BVerfGG in substantiierter Form zu behaupten, die von ihm angegriffene Entscheidung beruhe auf einer vom BVerfG für nichtig erklärten Norm, also die betreffende Vorschrift zu benennen und darzulegen, weshalb das Wiederaufnahmeobjekt auf ihr beruht. Der Hinweis auf § 79 I BVerfGG allein, also auf die ein-

387) Siehe oben S. 95 ff.

388) Zum Begriff des Verteidigers vgl. im einzelnen LÖWE-R. § 366 Anm. 2a.

389) Für den nicht auf freiem Fuß befindlichen Verurteilten gilt § 299 I StPO.

390) KG ZStW 45, 472; LÖWE-R. § 366 Anm. 2a.

391) LÖWE-R. a. a. O.; Eb. SCHMIDT § 366 Erl. 3.

392) WALTER S. 37.

schlägige Gesetzesstelle, genügt hingegen ebenso wenig wie bei Geltendmachung eines in der StPO verankerten Wiederaufnahmegrundes<sup>393)</sup>.

Einer Anpassung an die Besonderheiten von § 79 I BVerfGG als Wiederaufnahmegrund bedarf die Forderung des § 366 I StPO nach Bezeichnung der "Beweismittel". Im Hinblick darauf, daß bei der Prüfung eines auf § 79 I BVerfGG gestützten Antrags keine Beweise über Behauptungen tatsächlicher Art zu erheben sind, sondern daß es hier um reine Rechtsfragen geht<sup>394)</sup>, ist für Beweisangebote des Antragstellers kein Raum. Die Bedeutung von § 366 I StPO beschränkt sich deshalb im Rahmen des § 79 I BVerfGG darauf, daß dem Wiederaufnahmegericht die verfassungsgerichtliche Entscheidung genau zu bezeichnen ist, die die Nichtigerklärung der Norm enthält, auf der das angefochtene Erkenntnis beruhen soll<sup>395)</sup>.

### 3. ABSCHNITT

#### Die Nichtigerklärung einer Norm

##### I. DIE UNERHEBLICHKEIT DER ART DES ZUR NICHTIGERKLÄRUNG FÜHRENDEN VERFAHRENS

##### 1. Die einschlägigen Verfahrensarten

###### a) Die "abstrakte" Normenkontrolle

Zur Nichtigerklärung einer Norm kann es zunächst im Rahmen des durch Art. 92 I Nr. 2 GG eingeführten und in den §§ 76 - 78 BVerfGG näher ausgestalteten Normenkontrollverfahrens auf Antrag bestimmter Verfassungsorgane, nämlich der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages, kommen. Verschafft eine auf derartigen Antrag hin vorgenommene "abstrakte" Normenkontrolle dem BVerfG die Überzeugung, daß die vom Antragsteller behauptete Kollision einer Norm des Bundes- oder Landesrechts mit dem GG oder die einer landesrechtlichen Vorschrift mit sonstigem Bundesrecht vorliegt, so hat

393) LÖWE-R. § 366 Anm. 1.

394) Siehe oben S. 47 f.

395) Abweichend HANS BB 1962, 781, der das zweite Erfordernis des § 366 I StPO im Rahmen von § 79 I BVerfGG überhaupt für gegenstandslos hält.

es nach § 78 Satz 1 BVerfGG die Nichtigkeit der niederen der kollidierenden Normen auszusprechen. Kommt es zu dem Ergebnis, daß weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus demselben Rechtsgrund verfassungswidrig sind, so kann es auch diese für nichtig erklären, § 78 Satz 2 BVerfGG.

#### b) Die "konkrete" Normenkontrolle

Ein nichtigerklärender Richterspruch des BVerfG ist weiterhin auf Vorlage eines Gerichts möglich, das ein für die von ihm begehrte Entscheidung erhebliches - nachkonstitutionelles <sup>396)</sup> - Gesetz im formellen Sinn <sup>397)</sup> für grundgesetzwidrig bzw. - wenn es sich um ein Landesgesetz handelt - für unvereinbar mit einer Vorschrift des sonstigen Bundesrechts hält, also im Zuge des sog. konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 I GG, §§ 13 Nr. 11, 80 - 82 BVerfGG. § 82 I BVerfGG n.F. erklärt hier nämlich § 78 BVerfGG für entsprechend anwendbar <sup>398)</sup>.

#### c) Das Verfassungsbeschwerdeverfahren

Schließlich kann die Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde die Nichtigkeitsklärung von Normen mit sich bringen. Für den Fall, daß sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz - im materiellen Sinn <sup>399)</sup> - selbst richtet und das BVerfG zu der Auffassung gelangt, daß die angegriffene Norm selbst eines der Grundrechte oder ein diesen durch § 90 I BVerfGG ausdrücklich gleichgestelltes Recht des Beschwerdeführers verletzt, schreibt § 95 III 1 BVerfGG den Anspruch der Nichtigkeit dieser Vorschrift vor. Das BVerfG hat nach § 95 III 2 BVerfGG eine Nichtigerklärung aber auch dann auszusprechen, wenn einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung deswegen stattgegeben wird, weil

396) BVerfGE 2, 124.

397) BVerfGE 1, 184 (201); 1, 202 (206); 1, 261 (262); 2, 124 (127); 2, 341 (346); 3, 187 (196); 7, 29 (35); 7, 244 (250); 7, 282 (290); 7, 342 (346); 7, 358 (363).

398) Der vor dem Gesetz zur Änderung des BVerfGG vom 21. 7. 1956 (BGBl. I S. 662) geltende § 82 I BVerfGG a.F. nahm eigenartigerweise nur § 78 Satz 2 in Bezug ("Die Vorschriften der §§ 77 und 78 Satz 2 gelten entsprechend"). Die Nichterwähnung von § 78 Satz 1, auf dem § 78 Satz 2 gedanklich aufbaut, ist nur dadurch zu erklären, daß der Gesetzgeber seine Anwendbarkeit als selbstverständlich voraussetzte. Demzufolge war die entsprechende Anwendbarkeit von § 78 Satz 1 BVerfGG im Verfahren der "konkreten" Normenkontrolle nie ernstlich bestritten, vgl. GEIGER § 82 Anm. 3.

399) GEIGER § 90 Anm. 5; LECHNER § 90 I Anm. 2a; PFEIFFER S. 10.

diese auf einer verfassungswidrigen Norm beruht. Weiter sind vom BVerfG auch Bestimmungen für nichtig zu erklären, die zwar nicht mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen wurden, aber den mit ihr angefochtenen Vorschriften zugrunde liegen, sofern ihre Verfassungswidrigkeit evident ist <sup>400)</sup>. Daß darüber hinaus der in § 95 BVerfGG nicht ausdrücklich erwähnte § 73 Satz 2 BVerfGG im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entsprechende Anwendung finden soll <sup>401)</sup>, dürfte im Hinblick auf die beschränkte Zielsetzung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens dagegen zu verneinen sein.

## 2. Die Gleichwertigkeit der in Betracht kommenden Verfahren im Hinblick auf § 79 I BVerfGG

Die mit § 79 I BVerfGG neu geschaffene Wiederaufnahmemöglichkeit steht unter den Verfahrensvorschriften, die sich mit der "abstrakten" Normenkontrolle befassen. Es ist jedoch nach dem Bestehen entsprechender Verweisungsbestimmungen nicht zweifelhaft und demzufolge auch unbestritten, daß die in § 79 I BVerfGG ausgesprochene Rechtsfolge auch bei Nichtigerklärungen im Rahmen der beiden anderen hier noch interessierenden verfassungsgerichtlichen Verfahrenstypen Platz greift, weil es für die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme strafgerichtlicher Verfahren im Anschluß an die Nichtigerklärung einer Norm keinen Unterschied machen kann, wer den Anstoß hierzu gegeben hat. Für die Nichtigerklärung im Verfassungsbeschwerdeverfahren enthält § 95 III 3 BVerfGG die ausdrückliche Verweisung auf § 79 I BVerfGG. Es ist hierbei nur zu beachten, daß für denjenigen, der gegen ein auf einer nichtigen Norm beruhendes strafrichterliches Erkenntnis selbst Verfassungsbeschwerde erhoben hat, § 95 II BVerfGG eine Sonderregelung gegenüber § 79 I BVerfGG trifft: Dieses angetochtene Strafurteil wird vom BVerfG ohnehin entweder aufgehoben oder in den Fällen des § 90 II 1 BVerfGG an ein zuständiges Gericht zurückverwiesen, so daß es nicht mehr im Wege einer Wiederaufnahme angefochten zu werden braucht. § 79 I BVerfGG ist hier nur für alle Strafverfahren von Bedeutung, in denen es der Bestrafte unterlassen hat, Verfassungsbeschwerde zu erheben.

Für die im Verfahren zur "konkreten" Normenkontrolle ergehende Nichtigerklärung findet sich seit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 21. 7. 1956 <sup>402)</sup> jetzt ebenfalls eine eindeutige Verweisung

---

400) BVerfGE 6, 273 (282).

401) So LECHNER § 95 III.

402) BGBl. I S. 662.

im neu gefaßten § 82 I BVerfGG. Vor dem genannten Zeitpunkt war die entsprechende Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG bei Nichtigerklärungen im Rahmen einer "konkreten" Normenkontrolle zwar im Schrifttum bereits allgemein anerkannt<sup>403</sup>); der Gesetzestext bot jedoch zu gewissen Mißverständnissen Anlaß, da der wie schon erwähnt unglücklich gefaßte § 82 II BVerfGG den § 79 BVerfGG durch Nichterwähnung von einer entsprechenden Anwendbarkeit auszuschließen schien<sup>404</sup>).

## II. DAS FEHLEN BESONDERER ANFORDERUNGEN AN DIE QUALITÄT DER FÜR NICHTIG ERKLÄRTEN NORM

### 1. Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur nach Nichtig- erklärung von Gesetzen im formellen Sinn

Es kann als allgemein gesicherte Erkenntnis gelten, daß auch die Nichtigerklärung untergesetzlicher strafrechtlicher Vorschriften die Wiederaufnahmemöglichkeit nach § 79 I BVerfGG zu schaffen vermag, und zwar ohne Rücksicht darauf, welche Art von Verfahren zur Nichtigerklärung führte.

Für den Fall der "abstrakten" Normenkontrolle ist dies schon wegen des eindeutigen Wortlauts des § 79 I BVerfGG ("Norm") nie bezweifelt worden. Bei der Nichtigerklärung anläßlich eines Normenkontrollverfahrens auf Richtervorlage hin taucht umgekehrt diese Frage gar nicht auf, da die "konkrete" Normenkontrolle nach richtiger Ansicht des BVerfG nur dann zulässig ist, wenn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes im formellen Sinn in Frage gestellt wird<sup>405</sup>), es also in dieser Verfahrensart von vorneherein nicht zur Nichtigerklärung untergesetzlicher Normen kommen kann.

Vom Formalen her könnte allein fraglich sein, ob eine Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG auch bei Nichtigerklärung einer untergesetzlichen Vorschrift auf Verfassungsbeschwerde hin in Betracht kommt, da § 95 III BVerfGG nicht allgemein von "Norm", sondern von "Gesetz" spricht. Das AG Hannover<sup>406</sup>) glaubt in der Tat diesem Formulierungsunterschied als Folgerung entnehmen zu müssen, daß die Möglichkeit von Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG als

403) GEIGER § 82 Anm. 3; LECHNER § 82 I Anm. I; ROEMER JZ 1951, 197.

404) Vgl. Fußn. 398.

405) Siehe oben Fußn. 397.

406) BB 1962, 1102.

Folge der Nichtigkeitserklärung einer Norm im Verfassungsbeschwerdeverfahren entsprechend der in § 95 III 3 BVerfGG ausgesprochenen Verweisung nur dann gegeben sei, wenn es sich bei der für nichtig erklärten Norm um ein formelles Gesetz handelt. Es stützt seine Auffassung vor allem darauf, daß das BVerfGG zwar an manchen Stellen <sup>407)</sup> von "Norm", "streitigen Rechtsvorschriften" und "sonstigem Landesrecht" spreche, wo nur formelle Gesetze in Rede stünden, umgekehrt aber in den Fällen, wo Gesetze im materiellen Sinn gemeint seien, nie von "Gesetz", sondern von "Bundesrecht" und "Landesrecht" rede. Daraus folge, daß der Gebrauch des Wortes "Gesetz" das Einbeziehen untergesetzlicher Rechtsvorschriften verbiete.

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Sie übersieht, daß kein vernünftiger Anhaltspunkt ersichtlich ist, den Begriff "Gesetz" innerhalb der Vorschriften betreffend das Verfassungsbeschwerdeverfahren unterschiedlich zu fassen. Daß eine Verfassungsbeschwerde gegen alle Gesetze im materiellen Sinn erhoben werden kann, ist aber unbestritten <sup>408)</sup>. Demnach ist bei erfolgreicher Verfassungsbeschwerde gegen eine untergesetzliche Norm diese für nichtig zu erklären und § 79 I BVerfGG entsprechend anwendbar. Bei der Richtigkeit der vom AG Hannover vertretenen Ansicht wären die §§ 71 StVZO und 49 StVO auf Verfassungsbeschwerde hin für nichtig erklärenden Entscheidungen des BVerfG <sup>409)</sup> unverständlich. Wenn das AG Hannover demgegenüber meint, das BVerfG habe hier in Wahrheit nicht auf eine Verfassungsbeschwerde hin, sondern quasi "von Amts wegen" entschieden, so läßt es den Grundsatz außer acht, daß die Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes nach der Systematik des BVerfGG ausnahmslos von einem Antrag abhängt. Der Begriff "Gesetz" in § 95 III BVerfGG soll keine Aussage über die Qualität der Rechtsvorschrift machen, sondern lediglich den Gegensatz zum anderen Objekt der Verfassungsbeschwerde, der Entscheidung für den Einzelfall, darstellen. Die Ansicht des AG Hannover würde auch die sachlich nicht zu rechtfertigende Konsequenz haben, daß die Art des zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung führenden Verfahrens im Fall untergesetzlicher Normen über die aus einer etwaigen Nichtigkeit erwachsenden Rechtsfolgen bestimmen würde. In Literatur <sup>410)</sup> und Judikatur <sup>411)</sup> wird deshalb die Anwendbarkeit von § 79 I BVerfGG zu Recht auch bei Nichtigkeitserklärung untergesetzlicher Rechtsvorschriften im Wege einer Verfassungsbeschwerde einhellig bejaht.

---

407) Vgl. §§ 13 Nr. 11, 80 BVerfGG.

408) Siehe oben Fußn. 399.

409) BVerfGE 14, 174 und 14, 254.

410) GEIGER § 95 Anm. 8; MAURER JZ 1963, 667.

411) OLG Bremen NJW 1962, 2169; OLG Oldenburg NJW 1963, 457.

## 2. Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur nach Nichtig- erklärung nachkonstitutioneller Normen

Das BVerfG kann vorkonstitutionelle verfassungswidrige Gesetze ebenso für nichtig erklären wie nachkonstitutionelle. Ein Unterschied besteht lediglich insoweit, als die Möglichkeit der Nichtigklärung vorkonstitutioneller Normen auf die Verfahren der "abstrakten" Normenkontrolle und der Verfassungsbeschwerde<sup>412)</sup> beschränkt ist<sup>413)</sup>. Für die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 79 I BVerfGG ist es gleichfalls unerheblich, ob das hierdurch angefochtene Erkenntnis auf einer vorkonstitutionellen oder nachkonstitutionellen Norm beruht<sup>414)</sup>. Die Zahl der denkbaren Fälle, daß eine Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG auf die Nichtigklärung einer vorkonstitutionellen Norm gestützt wird, ist freilich im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Begriff der Nachkonstitutionalität recht gering. Danach ist eine Norm aus der Zeit vor dem 24. Mai 1949 nicht nur dann als nachkonstitutionell anzusehen, wenn sie durch ein nach dem 23. Mai 1949 verkündetes Gesetz geändert wird<sup>415)</sup>, sondern auch dann, wenn sie der Bundesgesetzgeber "in seinen Willen aufgenommen hat"<sup>416)</sup>, was immer schon der Fall ist, wenn die betreffende Norm im Zusammenhang mit der Änderung anderer Vorschriften eingehend erörtert<sup>417)</sup> oder wenn das sie enthaltende Gesetz als ganzes neu beschlossen und bekanntgemacht worden ist<sup>418)</sup>.

## 3. Wiederaufnahmemöglichkeit nach Nichtigklärung materiellrechtlicher und formellrechtlicher Vorschriften

Zu den umstrittensten Problemen im Zusammenhang mit § 79 I BVerfGG gehört die Frage, ob hiernach Wiederaufnahmeverfahren auch im Anschluß an die Nichtigklärung von Normen zulässig sind, die nicht die materielle Rechtsgrundlage strafrichterlicher Erkenntnisse unmittelbar betreffen, sondern nur auf das zu ihnen führende Verfahren eingewirkt haben, mithin dem Gerichtsverfassungs- oder dem Prozeßrecht im engen Sinne angehören. Die lebhafte Diskussion, die sich hierzu

412) Die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber vorkonstitutionellen Gesetzen erkennt BVerfGE 2, 237 (241) ausdrücklich an.

413) BVerfGE 2, 124.

414) KNESER AöR 89, 131.

415) BVerfGE 7, 77 (83 ff.).

416) BVerfGE 6, 55 (64 ff.); 7, 282 (290); 9, 39 (46).

417) BVerfGE 6, 55 (64 ff.); 7, 282 (290); 9, 39 (46).

418) BVerfGE 8, 210 (213).

entwickelt hat <sup>419)</sup>, wurde ausgelöst durch die Nichtigerklärung des baden-württembergischen Gesetzes Nr. 241 über die Friedensgerichtsbarkeit vom 29. März 1949 <sup>420)</sup>, nachdem vor dieser Entscheidung des BVerfG lediglich KNOLL <sup>421)</sup> auf die hier anstehende Frage aufmerksam gemacht hatte.

Es ist denkbar, sie unter zwei verschiedenen und gedanklich scharf zu unterscheidenden Gesichtspunkten zu verneinen; Man kann zu diesem, den Anwendungsbe-  
reich von § 79 I BVerfGG einschränkenden Ergebnis einmal über eine entsprechen-  
de Auslegung des Begriffs "Beruhen" kommen. Es ist aber auch möglich, die An-  
wendbarkeit des § 79 I BVerfGG auf die hier in Rede stehenden Fälle bereits mit  
der Begründung abzutun, der Begriff der Norm sei hier dahin zu verstehen,  
daß er nur Bestimmungen des materiellen Rechts in sich schließt.

Bevor die in diesem Zusammenhang einer Erörterung bedürfende letztgenannte  
Auffassung näher untersucht wird, soll der Vollständigkeit halber kurz die im Rah-  
men einer Darstellung betreffend die Erkenntnisse der ehemaligen Friedensgerichte  
entwickelte, freilich ohne Anklang gebliebene Ansicht JAUERNIGS <sup>422)</sup> gewürdigt  
werden, der für den Unterfall der Nichtigerklärung einer Norm, auf der Einrich-  
tung bestimmter Spruchkörper als solche fußt, § 79 I BVerfGG ohne Rücksicht auf  
Auslegungsfragen zu den Begriffen "Norm" und "Beruhen" schon deshalb für unan-  
wendbar hält, weil in derartigen Fällen keine gerichtliche Entscheidung, sondern  
ein bloßes Nichturteil vorliege, das keinerlei rechtliche Wirkung entfalten  
und demgegenüber deshalb auch eine Wiederaufnahme nicht zulässig sein könne <sup>423)</sup>.  
JAUERNIG gelangt zu seiner Qualifizierung der Erkenntnisse der Friedensgerichte  
als Nichturteile durch die Verbindung der beiden Thesen: "Es gibt keine  
Gerichtsentscheidungen ohne Gerichte" und "verfassungswidrige Gerichte sind im  
Sinne des GG Nichtgerichte". Gerade letzterem kann jedoch nicht in die-  
ser allgemeinen Form beigepllichtet werden. Um von einem Nichtgericht  
in dem Sinn sprechen zu können, daß seine Erkenntnisse als Nichturteile  
zu behandeln sind, muß verlangt werden, daß es bereits am "äußeren Tatbestand"  
eines Gerichts fehlt <sup>424)</sup>. Dies zu bejahen, wäre bei Gremien, die länger als ein

419) Vgl. LG Heidelberg NJW 1960, 916 und 929; LG Mannheim NJW 1960, 917  
und 929; HOEGEN Die Justiz 1960, 28; RÖHL NJW 1960, 179; KERN JZ 1960,  
244; HOPNER NJW 1960, 513; ARNDT NJW 1961, 15; CREIFELDS JR 1962,  
362; BERTRAM MDR 1962, 535; MAURER JZ 1963, 667 f und KNESER AÖR  
89, 148 ff.

420) BVerfGE 10, 200.

421) JZ 1956, 360.

422) NJW 1960, 1885.

423) Siehe dazu oben S. 51.

424) Vgl. HENKEL S. 307.

Jahrzehnt nach einem geordneten, gesetzlich festgelegten Verfahren unter allseitiger Anerkennung als Gerichte handelten und zu denen sich auch der verfassungsmäßige Gesetzgeber der Bundesrepublik bekannte <sup>425)</sup>, ebenso verfehlt wie es bedeuten würde, sich lebensfremd über die Verfassungswirklichkeit hinwegzusetzen. Man stelle schließlich noch den Urteilen der Friedensgerichte die als Paradebeispiele für Nichturteile beliebten <sup>426)</sup> "Urteile" eines Revolutionstribunals, Soldatenrats oder dergleichen gegenüber, um auch äußerlich den grundlegenden Unterschied deutlich werden zu lassen, der dazu zwingt, mit dem BVerfG <sup>427)</sup> die Urteile der Friedensgerichte nicht als Nichturteile, sondern als wirksame, aber fehlerhafte Entscheidungen zu betrachten.

Die Auffassung vom eng auszulegenden Begriff der Norm in § 79 I BVerfGG findet ihren bedeutendsten Vertreter im BVerfG <sup>428)</sup> selbst, das die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 79 I BVerfGG nach Nichtigerklärung von Normen des Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrechts verneint und zu einer Einschränkung der Bedeutung von § 79 I BVerfGG in dieser Richtung nicht - wie etwa KNOLL <sup>429)</sup> - den Begriff des Beruhens einer eingehenden Analyse unterzieht, sondern vielmehr ausspricht, die Nichtigerklärung einer dem Gerichtsverfassungsrecht oder dem Strafprozeßrecht angehörenden Norm lasse auch dann keine Wiederaufnahme nach § 79 I BVerfGG zu, wenn auf dieser Norm das Erkenntnis beruht. Das BVerfG will also so verstanden werden, daß § 79 I BVerfGG bei Nichtigerklärung anderer Normen als solcher des materiellen Rechts ohne Rücksicht auf die Frage des "Beruhens" von vorneherein nicht zum Zug kommen könne. Es begründet seine Ansicht damit, daß in § 79 I BVerfGG für Strafurteile im Hinblick auf ein insoweit bestehendes Gebot des elementaren Rechtsgefühls eine Ausnahme gegenüber § 79 II BVerfGG geschaffen worden sei, die auf Erkenntnisse anzuwenden, die auf nichtigen Normen des formellen Rechts beruhen, den Sinn der Bestimmung verkennen hieße.

Auch RÖHL <sup>430)</sup> legt § 79 I BVerfGG in dem Sinne aus, daß er von vorneherein nur die Nichtigerklärung materiellrechtlicher Normen meine. Er begründet seine Auffassung damit, daß es in sämtlichen anderen Fällen an einer "unschuldigen" Verurteilung fehle und glaubt sie noch mit einem Hinweis auf den - richtigerweise

---

425) Art. 8 III Nr. 93 VereinHG berücksichtigt ausdrücklich die baden-württembergische Friedensgerichtsbarkeit.

426) HENKEL S. 307; PETERS S. 406.

427) BVerfGE 11, 61.

428) BVerfGE 11, 263 (265).

429) JZ 1956, 360.

430) NJW 1960, 179.

aber im Rahmen von § 79 I BVerfGG nicht anwendbaren<sup>431)</sup> - § 363 StPO abstützen zu können. Über den naheliegenden Einwand, einzelne derartiger Urteile seien auch materiell falsch, setzt sich RÖHL mit dem Argument hinweg, dies sei nicht der Grund zur etwaigen Nichtigerklärung formellrechtlicher Normen. Desgleichen hat sich KERN<sup>432)</sup> der Ansicht des BVerfG mit einer in derselben Richtung liegenden Begründung angeschlossen; Mangels zu Unrecht erfolgter Verurteilung bestehe hier kein Postulat der Gerechtigkeit für eine Wiederaufnahmemöglichkeit; CREIFELDS<sup>433)</sup> schließlich stellt sich begründungslos auf die Seite des BVerfG.

Von den Stimmen, die demgegenüber § 79 I BVerfGG auch nach Nichtigerklärung von Normen des Gerichtsverfassungs- oder des eigentlichen Strafverfahrensrechts für einschlägig halten, sind in diesem Zusammenhang HOPPNER<sup>434)</sup>, REIFF<sup>435)</sup> und KNESER<sup>436)</sup> außer Betracht zu lassen, da sie das Problem auf der Ebene des "Beruhens" erörtern. Unbeachtet können auch HOEGEN<sup>437)</sup> und BERTRAM<sup>438)</sup> bleiben, die sich jede sachliche Begründung ihrer Ansicht ersparen; entsprechend gilt für MAURER<sup>439)</sup>, der die von ihm angemeldeten "schweren Bedenken" gegenüber der Rechtsprechung des BVerfG zu substantiieren unterläßt.

Beachtung verdienen jedoch das LG Heidelberg<sup>440)</sup> und ARNDT<sup>441)</sup>. Während das LG Heidelberg ganz allgemein argumentiert, es könne nicht eingesehen werden, warum der Aufhebung einer Norm des formellen Rechts nur geringere Bedeutung zukommen solle als einer des materiellen Rechts, betont ARNDT die Gleichwertigkeit des in beiden Fällen eingetretenen Verfassungsunrechts, die daraus folge, daß sowohl bei einer Bestrafung aus einer nichtigen materiellen Norm als auch bei Zugrundelegen eines in einem Punkte verfassungswidrigen Verfahrens "die Staatsgewalt zur Bestrafung die durch die Verfassung gezogenen Grenzen ihrer Kompetenz überschritten" habe.

431) Siehe oben S. 42 ff.

432) JZ 1960, 244.

433) JR 1962, 362.

434) NJW 1960, 513.

435) NJW 1960, 1559.

436) AöR 89, 148 ff, vor allem S. 149 und 151.

437) Die Justiz 1960, 28.

438) MDR 1962, 535.

439) JZ 1963, 667 Fußn. 22.

440) NJW 1960, 916.

441) NJW 1961, 15.

Die den Begriff der Norm in der oben geschilderten Weise einschränkende Meinung kann letztlich keine Zustimmung finden. Zwar kann nicht bestritten werden - worauf ZEKORN<sup>442)</sup> zutreffend hinweist -, daß sie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift auf ihrer Seite hat, da man bei den Beratungen zum BVerfGG offenbar nur die Fälle der Nichtigserklärung materiellrechtlicher Vorschriften im Auge hatte, wenn z.B. Berichterstatter Dr. WAHL von Strafnormen sprach, "auf Grund derer die Strafe ausgesprochen wurde", vom Vollstreckungsverbot aus einem Titel, "dessen gesetzliche Grundlage" für verfassungswidrig erklärt wurde und von "Verwaltungsakten, die nunmehr der Rechtsgrundlage entbehren"<sup>443)</sup>; ein starkes Argument geben die Materialien freilich nicht ab, da man bei den Beratungen von § 79 I BVerfGG im Rechtsausschuß an das hier liegende Problem gar nicht gedacht hatte. Auch ist ARNDT<sup>444)</sup> entgegenzuhalten, daß die mit § 79 I BVerfGG geschaffene Wiederaufnahmemöglichkeit nicht nur um des im Zusammenhang mit dem Erlass der betreffenden Entscheidung begangenen Verfassungsverstoßes als solchen willen gegeben wird, sondern auch um eine besondere unerträgliche Ungerechtigkeit auszumerzen; auf das Kriterium der Gleichwertigkeit des Verfassungsverstoßes allein kann es also nicht ankommen. Der Ausgangspunkt der anzustellenden Überlegungen muß deswegen daneben sein, wie es mit der zur Unerträglichkeit gesteigerten Ungerechtigkeit von strafrichterlichen Erkenntnissen steht, die unter Anwendung einer verfassungswidrigen Norm des formellen Rechts zustande gekommen sind. Er ist vom BVerfG richtig gewählt worden. Ihm und den Anhängern der von ihm vertretenen Meinung ist auch einzuräumen, daß die Anwendung einer verfassungswidrigen "formellen" Norm nicht unbedingt materielles Unrecht schaffen muß wie dies bei Anwendung einer nichtigen Norm des materiellen Rechts in aller Regel der Fall ist.

Entscheidend ist jedoch, daß auch die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm formellrechtlichen Inhalts zu einem materiell ungerechten Erkenntnis führen kann; man denke nur etwa an den Fall, daß ein Richter der ehemaligen Friedensgerichte gerade auf Grund seiner unzureichenden juristischen Vorbildung eine mit dem materiellen Strafrecht nicht in Einklang stehende Verurteilung ausgesprochen hat. Im Hinblick darauf scheint es nicht zu verantworten, durch eine enge Auslegung des Begriffs "Norm" in § 79 I BVerfGG die Zulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren im Anschluß an die Nichtigserklärung "formeller" Normen von vorneherein und ausnahmslos zu verneinen. Wenn RÖHL<sup>445)</sup> im Fall der Friedens-

---

442) ZZP 74, 417.

443) BT-Prot., Bd. 6, S. 4228.

444) NJW 1961, 15.

445) NJW 1960, 179.

gerichte diese Möglichkeit materiell ungerechter Entscheidungen nicht für ausschlaggebend erachtet, weil auch verfassungsmäßige Gerichte Fehlurteile fällen können, so übersieht er, daß es ja um die Fälle geht, in denen infolge und auf Grund der Anwendung einer nichtigen Norm des formellen Rechts materielles Unrecht gesetzt wird.

KNESER <sup>446)</sup> zieht wie schon vor ihm REIFF <sup>447)</sup> schließlich für die vorliegende Frage die Überlegung heran, daß der Ausschluß formellrechtlicher Normen im Rahmen von § 79 I BVerfGG im Gegensatz zu § 95 III 1 BVerfGG eine ungerechtfertigte Prämierung derjenigen bedeuten würde, die gegen ihre auf einer verfassungswidrigen Norm des formellen Rechts beruhenden Verurteilung das Verfassungsbeschwerdeverfahren beschritten, und eine Diskriminierung derer, die als juristische Laien die vom Gesetzgeber verkannte Verfassungswidrigkeit unverschuldeterweise nicht bemerkten. Zu Recht setzt sich KNESER dabei über die gegen dieses Argument von RÖHL <sup>448)</sup> vorgebrachte Einwendung hinweg, die Belohnung dessen, der eine Verfassungsbeschwerde gewagt habe, entspreche nur der Billigkeit, indem er darauf hinweist, dasselbe ließe sich im Fall der Nichtigerklärung einer materiellrechtlichen Norm sagen, für den § 79 I BVerfGG aber - insofern eindeutig - diesen Standpunkt ausdrücklich durch die Anerkennung einer Wiederaufnahmemöglichkeit verwirft.

Es wird nicht verkannt, daß die Zulassung von Wiederaufnahmeverfahren gegenüber sämtlichen strafrichterlichen Entscheidungen, die unter Anwendung einer verfassungswidrigen, außerhalb des materiellen Strafrechts stehenden Norm ergangen sind, dem Sinn des § 79 I BVerfGG zuwiderliefe. Sicher muß hier eine Beschränkung Platz greifen. Dies geschieht jedoch bereits dadurch, daß § 79 I BVerfGG das „Beruhen“ der angegriffenen Entscheidung auf der für nichtig erklärten Norm zur Wiederaufnahmevoraussetzung macht und damit eine - im folgenden noch näher zu bestimmende - Beziehung zwischen Anwendung der verfassungswidrigen Vorschrift und Entscheidungsinhalt fordert.

Es sei abschließend noch auf die eingehenden Darlegungen ZEKORNS <sup>449)</sup> zum Begriff der Norm im Sinne von § 79 II 2 BVerfGG hingewiesen. Wenn ZEKORN - nach Meinung des Verfassers überzeugend - die Anwendbarkeit von § 79 II 2 BVerfGG bei Nichtigerklärung formellrechtlicher Normen aus dem Grunde ablehnt, daß die Frage, ob ein bestimmter Vollstreckungstitel infolge der Anwendung einer verfassungswidrigen formellrechtlichen Norm ein Fehlurteil sei, nur bei einer er-

---

446) AöR 89, 154.

447) NJW 1960, 1559.

448) NJW 1960, 179.

449) ZZP 74, 415.

neuten Prüfung des materiellrechtlichen Anspruchs entschieden werden könne, der aber gerade die Rechtskraft des Erkenntnisses und der Ausschluß einer Wiederaufnahmemöglichkeit für zivilgerichtliche Urteile entgegenstehe, so spricht dies nicht gegen, sondern für die hier zu § 79 I BVerfGG vertretene Auffassung, wo der Gesetzgeber ausdrücklich eine Wiederaufnahme des Verfahrens und damit die Überprüfung der materiellen Richtigkeit strafgerichtlicher Entscheidungen zuläßt.

Für § 79 I BVerfGG ist darum festzuhalten, daß der Begriff "Norm" weit zu fassen ist, d. h. nicht nur materiellrechtliche Bestimmungen, sondern auch Vorschriften formellrechtlichen Charakters umfaßt.

#### 4. ABSCHNITT

### Das Beruhen der angegriffenen Entscheidung auf der für nichtig erklärten Norm

#### I. DER BEGRIFF DES BERUHENS AUSSERHALB VON § 79 I BVerfGG

##### 1. Der "objektive" Beruhensbegriff des Revisionsrechts

Der Begriff des "Beruhens" entstammt dem Revisionsrecht und findet sich in den dafür einschlägigen Bestimmungen der verschiedenen allgemeinen Verfahrensordnungen, wie die §§ 549 I ZPO, 337 I StPO, 73 I ArbGG, 137 I VwGO, 162 II SGG und 288 Nr. 1 AO zeigen. Die genannten Vorschriften machen den Erfolg einer Revision davon abhängig, daß das mit ihr angefochtene Erkenntnis auf einer Gesetzesverletzung "beruht". Hierunter wird ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verletzung materiellen wie formellen Rechts und dem Inhalt der angefochtenen Entscheidung verstanden<sup>450)</sup>; sofern es sich um ein Strafurteil handelt, muß er dabei zu seinem über Schuld und Strafe einschließlich der Nebenfolgen befindenden, erkennenden Teil bestehen<sup>451)</sup>.

---

450) Vgl. aus der Fülle des verfahrensrechtlichen Schrifttums etwa Eb. SCHMIDT § 337 Erl. 58; KM § 337 Anm. 9b; ROSENBERG § 140 III 3; EYERMANN-FRÖHLER § 137 Rdn. 10; abweichend STRACK SJZ 1949, Sp. 836, der einen logischen Zusammenhang fordert, und diesem folgend KNOLL JZ 1956, 360.

451) RGSt 63, 184 (185); BGH NJW 1951, 970.

Abgesehen von den Fällen, in denen ein "absoluter" Revisionsgrund gegeben ist, d.h. kraft einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift die unwiderlegbare Vermutung des Beruhens besteht <sup>452)</sup>, die jeden Nachweis eines Zusammenhangs zwischen Rechtsverstoß und Entscheidungsinhalt von vorneherein entbehrlich macht, ist die Kausalität dabei objektiv, d.h. unter Berücksichtigung des gesamten Rechtszustands zu prüfen. Sie kann also nur bejaht werden, wenn der Rechtsfehler *conditio sine qua non* ist, nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß das Verfahrensergebnis in seinem maßgeblichen Teil ein anderes wäre <sup>453)</sup>. Was für den Zivilprozeß in § 563 ZPO gesetzlich festgelegt ist, gilt auch für die Revision in allen anderen Verfahrensarten: Eine Entscheidung "beruht" nicht auf einem Rechtsfehler, wenn sie sich aus einem anderen Gesichtspunkt letztlich als richtig erweist, das Gericht also auch bei Vermeidung des Rechtsfehlers zum gleichen Ergebnis gelangt wäre.

Bei Verfahrensverstößen läßt sich nun vielfach nicht mit Sicherheit feststellen, ob sie für die angefochtene Entscheidung in diesem Sinne ursächlich waren. Rechtsprechung <sup>454)</sup> und Literatur <sup>455)</sup> lassen es deswegen hier allgemein genügen, wenn jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Urteil ohne die Gesetzesverletzung anders gelautet hätte, und stellen so für die Frage des Beruhens der Kausalität die Möglichkeit kausaler Verknüpfung gleich.

## 2. Der "subjektive" Beruhensbegriff in § 95 III 2 BVerfGG und im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Neben § 79 I BVerfGG verwenden nicht nur die allgemeinen Verfahrensordnungen den Begriff des Beruhens, sondern auch das BVerfGG selbst an anderer Stelle, nämlich im Rahmen seiner Bestimmungen über die Verfassungsbeschwerde. Nach § 95 III 2 BVerfGG hat das BVerfG im Fall einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde

---

452) Siehe §§ 551 ZPO, 338 StPO, 138 VwGO und auch § 72 II ArbGG (dazu ST-J-SCH-P § 549 Anm. VIII 1).

453) BGHSt 2, 250 (251); LÖWE-R. § 337 Anm. E (S. 1309); HENKEL S. 434; PETERS S. 522.

454) LÖWE-R. § 337 Anm. E (S. 1310); Eb. SCHMIDT § 337 Erl. 60; HENKEL a. a. O.; PETERS S. 523.

455) BGH NJW 1951, 206; BGHSt 1, 346 (350); 8, 155; 9, 77 (84) und 362 (364); 12, 1 (9); 17, 351 (353); 18, 288 (290); BayObLGSt 1953, 159 (161). Von den zahlreichen außerstrafrechtlichen Entscheidungen vgl. RGZ 136, 299 und BVerwG NJW 1962, 2121 (2122).

gegen eine Entscheidung ein Gesetz für nichtig zu erklären, wenn der Verfassungsbeschwerde deswegen stattgegeben wurde, weil die Entscheidung auf ihm "beruhte" und es sich als verfassungswidrig herausstellte. Im Hinblick darauf, daß die Aufgabe, der die Möglichkeit der Nichtigklärung von Gesetzen dient, nur die Eliminierung verfassungswidriger Vorschriften ist, kommt es für das "Beruhen" in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die betreffende Entscheidung unter Berücksichtigung der Gesamtrechtsordnung von der Anwendung der verfassungswidrigen Norm kausal beeinflußt war oder nicht <sup>456)</sup>. Auch dann, wenn die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung bei Nichtanwendung der verfassungswidrigen Norm genauso ausgefallen wäre mit der Folge, daß sie im revisionsrechtlichen Sinn nicht auf ihr "beruhen" würde, hat das BVerfG nach § 95 III 2 BVerfGG zu verfahren.

Die sich hier erhebende Frage, ob es bei solcher Fallgestaltung überhaupt zu einer Aufhebung der im Wege der Verfassungsbeschwerde angefochtenen Entscheidung durch das BVerfG kommt, lenkt den Blick auf einen weiteren Zusammenhang, in dem sich ein gegenüber dem Revisionsrecht abweichender Beruhensbegriff findet. Das BVerfGG enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, unter welchen näheren Voraussetzungen die Verletzung eines Grundrechts bzw. einer der in § 90 BVerfGG den Grundrechten gleichgestellten Verfassungsbestimmung durch eine Entscheidung zum Erfolg der hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerde führt. Aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen ist man sich jedoch darüber einig, daß zwischen Grundrechtsverstoß und Verfassungsbeschwerdeobjekt ein Zusammenhang bestehen muß. Ihn bezeichnet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung als "Beruhen" <sup>457)</sup>.

Dieser Begriff deckt sich nun zwar insofern mit dem für das Revisionsrecht geltenden, als auch hier ein Beruhen bereits dann bejaht wird, wenn nur die bloße Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung und angegriffener Entscheidung besteht <sup>458)</sup>. Als Folge davon, daß sich die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Prüfung erschöpft, ob ein Grundrechtsverstoß vorliegt und ihr nicht darüber hinaus die Kontrolle der Anwendung einfachen Gesetzesrechts zufällt, besteht jedoch ein entscheidender inhaltlicher Unterschied: Anders als

---

456) KISTNER DRIZ 1962, 121 Fußn. 41.

457) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei SCHUMANN S. 242 Fußn. 8f.

458) So von den vielen Entscheidungen des BVerfG hierzu am deutlichsten BVerfGE 8, 253 (256); "Es ist ..... nicht auszuschließen, daß seine Anhörung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Der Beschluß .... beruht somit auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs." Weitere Nachweise bei SCHUMANN S. 242 Fußn. 10.

das Revisionsgericht hat das BVerfG eine mit Verfassungsbeschwerde angefochtene Entscheidung nicht unter jedem in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkt nachzuprüfen und zu untersuchen, ob der Grundrechtsverstoß *conditio sine qua non* ist <sup>459)</sup>.

Der Begriff des Beruhens ist deshalb im Verfassungsbeschwerdeverfahren ebenso wie bei § 95 III 2 BVerfGG um die dem revisionsrechtlichen Beruhensbegriff immanente Feststellung verkürzt, die Entscheidung sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt haltbar <sup>460)</sup>. Man kann insofern - bezogen auf das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat - von einem subjektiven Beruhensbegriff sprechen <sup>461)</sup>.

## II. DER BEGRIFF DES BERUHENS IN § 79 I BVerfGG

### 1. Problemstellung

Die Bestimmung des Beruhensbegriffs für § 79 I BVerfGG ist lange keine Aufmerksamkeit geschenkt worden <sup>462)</sup>. In der Mehrzahl von Fällen spielt es auch keine Rolle, ob man ihn "subjektiv" faßt oder am Revisionsrecht orientiert, da in aller Regel der Wegfall einer Norm, der zu einem Mangel im gedanklichen Gefüge einer strafrichterlichen Entscheidung führt, nicht anderweitig voll wettgemacht werden kann. Das hier liegende Problem kam jedoch zum Tragen, als im Anschluß an die Nichtigerklärung der §§ 71 StVZO und 49 StVO <sup>463)</sup> zahllose Wiederaufnahmeanträge gegen auf diese Vorschriften in Verbindung mit Verbots- und Gebotstatbeständen der StVZO bzw. der StVO gestützte Verurteilungen gestellt wurden, die von vorneherein unter Heranziehung des mit den nichtigerklärten Bestimmungen inhaltsgleichen <sup>464)</sup>, ausdrücklich vom

459) BVerfGE 7, 275 (281).

460) SCHUMANN S. 246.

461) ZEKORN ZZP 74, 405.

462) Vgl. z.B. das Schweigen der Kommentare von GEIGER und LECHNER zu dieser Frage.

463) BVerfGE 14, 174 und 254.

464) Es ist nicht unbestritten, daß § 21 StVG alle Übertretungstatbestände erfaßt, die von §§ 71 StVZO und 49 StVO unter Strafe gestellt waren. Während OLG Bamberg NJW 1962, 2168; AG Meppen NJW 1963, 1636 (1637); BENDER NJW 1963, 431 und 2159 sowie BORMANN NJW 1964, 240 zu dem Ergebnis kommen, § 21 StVG bedrohe Zuwiderhandlungen gegen die StVZO

BVerfG <sup>465)</sup> für gültig erklärten § 21 StVG verfassungsgemäß hätten ausgesprochen werden können. Während bei einem Zugrundelegen des Begriffs, wie er im Zusammenhang mit § 95 III 2 BVerfGG und im Verfassungsbeschwerdeverfahren Geltung hat, an ihrer Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt des Beruhens kein Zweifel bestehen kann, müßten vom Standpunkt des revisionsrechtlichen Beruhensbegriffs derartige, allenfalls auf eine Normersetzung hinauslaufende Anträge als unzulässig verworfen werden; Anders als im Revisionsverfahren, wo ein den Schuldaußspruch unberührt lassender Subsumtionsirrtum dazu führt, daß das Revisionsgericht die Revision mit der Maßgabe als unbegründet (mangels Beruhens der angegriffenen

Fortsetzung der Fußnote 464 von Seite 118:

und StVO ohne Ausnahme wie die nichtigerklärten §§ 71 StVZO, 49 StVO mit Strafe, und KRÜGER NJW 1962, 1805 davon ausgeht, daß sich "in der Regel" die Bestimmungen der StVZO und StVO dem § 21 StVG einfügen lassen, finden sich Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die nur eine teilweise - wenn auch praktisch sehr weitgehende - Inhaltsgleichheit bejahen. So erklärt OLG Schleswig VRS 25, 286 § 21 StVG für ungeeignet zur Strafbewehrung von § 27 V StVZO. In gleicher Weise hält das AG Karlsruhe (Beschl. vom 27. 11. 1962 - 11 Cs (P) 294/62 Hw und vom 11. 12. 1962 - 11 Cs (P) 298/62 Hw sowie Urt. vom 8. 4. 1963 - 11 Es 6/62 Hw) eine Bestrafung aus § 21 StVG bei Verstößen gegen § 27 III StVZO oder §§ 4 II, 18 V, 67b StVZO nicht für möglich. Nach Auffassung der genannten Entscheidungen, die auch Vertreter im Schrifttum gefunden hat (vgl. WÄCHTER NJW 1963, 2158), gestattet § 21 StVG eine Bestrafung nur bei - den freilich weit überwiegenden - Verstößen gegenüber solchen Vorschriften, die unmittelbar der Erhaltung von Sicherheit und Ordnung auf den Straßen dienen.

Die in diesem Zusammenhang ebenfalls auftauchende bedeutsame Frage, ob der keinen Hinweis auf die für eine Bestrafung erforderliche Schuldform enthaltende § 21 StVG auch fahrlässige Übertretungen mit Strafe bedroht, wird von BGHSt 18, 334. bejaht, nachdem vorher bereits OLG Oldenburg NJW 1963, 168 ohne nähere Begründung denselben Standpunkt eingenommen hatte und hierwegen von FRANZ NJW 1963, 630 kritisiert worden war.

Das Problem, welchem Beruhensbegriff im Rahmen von § 79 I BVerfGG Gültigkeit zukommt, stellt sich für die Vertreter der engen Auffassung zum Geltungsbereich von § 21 StVG nicht in jedem Fall der Wiederaufnahme gegenüber Verurteilungen aus § 71 StVZO oder § 49 StVO, sondern nur insoweit, als diesen Verstöße gegen Gebots- oder Verbotsnormen zugrunde liegen, die sie auch als von § 21 StVG erfaßt betrachten.

465) BVerfGE 14, 245.

Entscheidung auf einem Gesetzesverstoß!) verwirft, daß der Schuldspruch im erforderlichen Umfang berichtigt wird <sup>466)</sup>, ist bei einem auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrag hier jede Änderung der rechtskräftigen Entscheidung unmöglich. Sie setzt Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags voraus. Bei Maßgeblichkeit des revisionsgerichtlichen Beruhensbegriffs würde es aber bereits am ersten Erfordernis fehlen, so daß für einen Normtausch keine Möglichkeit mehr bestünde <sup>467)</sup>.

## 2. Die Unverwertbarkeit des "subjektiven" und des uneingeschränkten revisionsrechtlichen Beruhensbegriffs

Von verschiedener Seite wird - sofern die Problematik dieser Fälle unter dem Gesichtspunkt des Beruhens nicht überhaupt außer acht bleibt - Identität der Beruhensbegriffe in § 95 III 2 BVerfGG und § 79 I BVerfGG angenommen und damit begründet, innerhalb desselben Gesetzes und bei zwei von der Nichtigkeitserklärung von Normen handelnden Bestimmungen sei eine einheitliche Auslegung des Begriffs "Beruhen" geboten <sup>468)</sup>.

Den Vertretern dieser Ansicht ist zu Recht entgegengehalten worden, sie übersähen ob des äußeren Zusammenhangs die Unterschiedlichkeit der Prüfungsgrenzen bei einer Verfassungsbeschwerde und einem Wiederaufnahmeantrag <sup>469)</sup>. Im Gegensatz zu dem im Verfassungsbeschwerdeverfahren tätig werdenden BVerfG <sup>470)</sup> müsse der Wiederaufnahmerichter prüfen, ob die angegriffene Entscheidung materiell ungerecht sei, und damit auch, ob sie sich vielleicht trotz Verwendung der für nichtig erklärten Norm "im Ergebnis" als richtig erweise. Demzufolge könne der Beruhensbegriff des § 79 I BVerfGG nicht dem im Verfassungsbeschwerdeverfahren und für § 95 III 2 BVerfGG gültigen inhaltsgleich sein;

466) OGHSt 1, 303 (305); Eb. SCHMIDT § 355 Erl. 51; KM § 354 Anm. 3.

467) KISTNER DRiZ 1962, 121 Fußn. 41 und KAISER NJW 1962, 1704. Abzulehnen deshalb SCHUMANN DRiZ 1963, 390, der es auch vom revisionsrechtlichen Beruhensbegriff aus bei Substituierbarkeit der nichtigerklärten Norm durch eine gültige für zulässig erachtet, dem Strafausspruch eine andere gesetzliche Grundlage im Wege einer Wiederaufnahme unterzuschieben.

468) OLG Bamberg NJW 1962, 2168; BAHLMANN MDR 1963, 542; RIEHN kuv 1963, 393.

469) KISTNER DRiZ 1962, 121 Fußn. 41; SCHUMANN DRiZ 1963, 390; vgl. auch AG Meppen NJW 1963, 1636 und KAISER NJW 1962, 1704.

470) Zu dessen Prüfungsgrenzen siehe oben S. 117.

er müsse vielmehr wie der des Revisionsrechts objektiv gefaßt werden <sup>471)</sup>).

So zutreffend diese Kritik an der zuerst dargestellten Auffassung und die erste der beiden aus den unterschiedlichen Prüfungsgrenzen in Verfassungsbeschwerde- und Wiederaufnahmeverfahren gezogenen Folgerungen ist, so bedenklich erscheint angesichts der in ihr liegenden oben S. 119 aufgezeigten Konsequenzen die weiterhin hieraus abgeleitete Gleichsetzung des Beruhensbegriffs in § 79 I BVerfGG mit dem des Revisionsrechts.

MAURER <sup>472)</sup> hat, um dieses mit dem Erstrecken des revisionsrechtlichen Beruhensbegriffs auf § 79 I BVerfGG verbundene Ergebnis zu vermeiden, ihm gegenüber eingewandt, die Existenz einer mit der für nichtig erklärten Norm inhaltsgleichen, gültigen Vorschrift dürfe nicht in die Überlegungen zur Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags mit einbezogen werden; solches Vorgehen stelle eine *petitio principii* dar. Mit diesem formal-logischen Argument läßt sich die Brauchbarkeit des revisionsrechtlichen Beruhensbegriffs im Rahmen des § 79 I BVerfGG jedoch nicht abtun. Sieht man die Aufgabe des Wiederaufnahmegerichters und seine Prüfungsgrenzen als identisch mit denen des Revisionsgerichts an, so hat er auch bei der Beurteilung eines Wiederaufnahmeantrags wie dieses das angefochtene Erkenntnis anhand der Gesamtrechtsordnung zu würdigen. Daß diese Einbeziehung außerhalb der zu prüfenden Entscheidung selbst liegender rechtlicher Gesichtspunkte im Fall der Revision bei der Begründetheit, beim Wiederaufnahmeantrag dagegen im Rahmen der Prüfung seiner Zulässigkeit erfolgt, macht keinen Unterschied. Es ist dies nur die zwingende Folge deren besonderen Umfangs bei Anträgen nach § 79 I BVerfGG <sup>473)</sup>.

Die einschränkungslose Bestimmung des Beruhensbegriffs in § 79 I BVerfGG vom Revisionsrecht her scheitert jedoch daran, daß die durch sie bedingte Folge der Unzulässigkeit von Wiederaufnahmeverfahren im Fall der Substituierbarkeit der nichtigerklärten Norm unvereinbar ist mit dem sich aus der § 79 I BVerfGG zukommenden Doppelfunktion <sup>474)</sup> ergebenden Erfordernis, auch hier im Wege einer Wiederaufnahme des Verfahrens zu einer Korrektur des dem rechtskräftigen Erkenntnis anhaftenden Fehlers zu gelangen. Die Verurteilung eines Angeklagten aus einer verfassungswidrigen Bestimmung mag nämlich zwar nicht das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit wesentlich verletzen, wenn sie sich unter einem

---

471) Auch KNESER AöR 89, 149 ff gelangt, allerdings mit abweichender Begründung, zu diesem Ergebnis.

472) JZ 1963, 668.

473) Siehe dazu oben S. 47 ff.

474) Siehe oben S. 17 f.

anderen rechtlichen Gesichtspunkt im Ergebnis als richtig erweist. Es gilt sie jedoch im Interesse der Öffentlichkeit an der Ausmerzung verfassungswidriger Vorschriften aus strafrichterlichen Entscheidungen als der mit den stärksten Außenwirkungen verbundenen Gruppe staatlicher Hoheitsakte zu entfernen.

### 3. Die Mittelstellung des für § 79 I BVerfGG gültigen Beruhensbegriffs

Wenn sonach der Begriff des Beruhens in § 79 I BVerfGG nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht dem Revisionsrecht allein entnommen werden darf, so führt das letztlich doch nicht zu einer Inhaltsgleichheit der Beruhensbegriffe in § 79 I BVerfGG und § 95 III 2 BVerfGG bzw. im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Die Aufgaben des § 79 I BVerfGG verbieten nämlich bei Prüfung der Unrichtigkeit einer angefochtenen Entscheidung die Berücksichtigung eines im ersten Verfahren unverwertet gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkts nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als sie der Ausmerzung von Vorschriften hinderlich wäre, die nach Tenor oder Gründen die Entscheidung ausdrücklich stützen, insbesondere also dann nicht, wenn es sich bei den für nichtig erklärten Normen um solche des formellen Rechts handelt<sup>476)</sup>. Der für § 79 I BVerfGG gültige Beruhensbegriff nimmt vielmehr eine Mittelstellung zwischen dem des Revisionsrechts und dem "subjektiven" Beruhensbegriff ein; es ließe sich auch von einem modifizierten revisionsrechtlichen Beruhensbegriff sprechen. Eine Entscheidung beruht im Sinne von § 79 I BVerfGG auf einer für nichtig erklärten Norm, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß deren Anwendung für ihren Inhalt ursächlich war, wobei immer dann, wenn die für nichtig erklärte Norm nach Tenor oder Gründen der Entscheidung diese gutstiltet, außer Betracht zu bleiben hat, ob sich die Entscheidung unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt halten ließe.

Damit erweisen sich im Ergebnis die Rechtsprechung<sup>477)</sup> und die Auffassung von KRÜGER<sup>478)</sup> als richtig, die - freilich unter Vermeidung einer Auseinandersetzung mit den abweichenden Ansichten und ohne nähere Begründung - ein "Beruhen" jedenfalls dann für gegeben erachten, wenn die verfassungswidrige Strafvor-

476) Über die Möglichkeiten des Beruhens einer Entscheidung auf Normen des formellen Rechts siehe unten S. 125 ff.

477) OLG Bamberg NJW 1962, 2168. OLG Hamm NJW 1962, 2266; OLG Oldenburg NJW 1963, 457 sowie unv. Beschlüsse des OLG Stuttgart vom 12.11.1962 - 1 Ws 309/62 und des OLG Hamburg vom 14.12.1962 - 1 Ws 431/62, 477) HambJVBl 1962, 49.

schrift die ausgesprochene Verurteilung nach außen hin trägt.

Für die Möglichkeit der Beeinflussung, die bereits ein "Beruhen" anzunehmen zwingt, kommt es dabei ebenso wie im Revisionsrecht<sup>478)</sup> allein darauf an, ob im konkreten Fall eine Auswirkung der Anwendung der nichtigerklärten Norm auf den Entscheidungsinhalt nicht auszuschließen ist. Die nur generelle Möglichkeit einer Beeinflussung des Inhalts von Entscheidungen beim Wegfall einer Norm dieser oder jener Bedeutung genügt hingegen für ein "Beruhen" und damit für die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeanspruchs nicht. Abzulehnen ist deshalb die Auffassung KNESERS<sup>479)</sup>, der die Zulässigkeit des Anspruchs lediglich von einem generell möglichen Einfluß der fehlerhaften Normanwendung abhängig macht und die Frage der Einflußmöglichkeit im konkreten Einzelfall der Begründetheitsprüfung vorbehalten will.

### III. DIE FÄLLE DES BERUHENS EINER ENTSCHEIDUNG AUF EINER FÜR NICHTIG ERKLÄRTEN NORM

#### 1. Die Hauptfälle des Beruhens bei Nichtigklärung von Normen des materiellen Rechts

Eine strafrichterliche Entscheidung beruht zunächst auf einer für nichtig erklärten Norm, wenn auf dieser Schuld- und Strafausspruch bzw. der gegebenenfalls an dessen Stelle tretende Ausspruch über eine Maßregel der Sicherung oder Besserung aufbauen.

Wie oben S. 43 f in anderem Zusammenhang bereits erwähnt, kann der ein "Beruhen" bedeutende Einfluß der Nichtigklärung einer Norm auf den Inhalt einer Entscheidung aber auch anders als in diesem Grundfall geartet sein, der dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 79 I BVerfGG vorschwebte: So ist das Beruhen einer Entscheidung auf einer für nichtig erklärten Norm weiterhin dann zu bejahen, wenn sie eine tateinheitliche Verurteilung enthält und durch Richterspruch des BVerfG nur diejenige Norm in Wegfall gerät, aus der als dem milderen Strafgesetz nach § 73 StGB die Strafe nicht entnommen wurde, deren Anwendung sich also grundsätzlich nur im Schuldspruch und in der Strafzumessung auswirk-

478) Dazu RGSt 42, 105 (109) und 44, 338 (346). Eb. SCHMIDT § 337 Erl. 58; KM § 337 Anm. 9.

479) AöR 89, 168. Ähnlich schon REIFF NJW 1960, 1559.

te<sup>480)</sup>. Desgleichen beruht eine Entscheidung auf einer nichtigerklärten Norm, wenn sich ihre Verfassungswidrigkeit und die hieran anknüpfende Nichtigerklärung nur auf Teile der in ihr enthaltenen Strafdrohungen beschränkt<sup>481)</sup> und in der Entscheidung diese angewendet worden waren; ebenso, wenn eine Norm für nichtig erklärt wurde, die die Anordnung einer bestimmten Nebenfolge oder Maßregel der Sicherung und Besserung erlaubte und das Gericht von einer solchen, später für verfassungswidrig erklärten Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte.

Fraglich erscheint, ob von einem "Beruhen" gesprochen werden kann, wenn die Nichtigerklärung einer Norm in Rede steht, deren Voraussetzungen der Angeklagte nach Auffassung des ihn verurteilenden Gerichts zwar erfüllt hatte, die es aber wegen Annahme eines Falles sog. Gesetzeskonkurrenz im Schuldspruch nicht zur Anwendung hatte kommen lassen. Da nach - allerdings nicht Unbestrittener<sup>482)</sup> - Ansicht der Rechtsprechung<sup>483)</sup> eine nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz verdrängte Bestimmung den Strafausspruch in gewissem Umfang, insbesondere durch Entfaltung einer Sperrwirkung (Verbot des Unterschreitens ihres Strafminimums<sup>484)</sup> und einer Ergänzungswirkung (Gerot der Berücksichtigung in ihrer enthaltenen selbständiger Strafgrößen und Nebenfolgen<sup>485)</sup> zu beeinflussen vermag, ist auch hier ein Beruhen der Entscheidung auf der für nichtig erklärten Norm grundsätzlich möglich. Ob ein Einfluß auf den Entscheidungsinhalt im konkreten Einzelfall nicht auszuschließen ist, läßt sich dann jeweils nur anhand der in den Entscheidungsgründen angestellten Erwägungen zur Strafzumessung beurteilen.

Wird von einem Blankettstrafgesetz, d. h. einem Strafgesetz, das seine Strafdrohung "auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbestandlich an-schriebenes Verhalten bezieht"<sup>486)</sup>, entweder die seine Tatbestandsseite oder die seine Rechtsfolgeseite bildende, die Strafdrohung aufstellende Norm für nichtig erklärt, so beruhen auf dieses Blankettstrafgesetz gestützte Verurteilungen sowohl bei Wegfall der Tatbestandsseite als auch bei Wegfall der Rechtsfolgeseite auf einer für nichtig erklärten Norm, da in beiden dieser Fälle das Blankettstraf-

480) Zu den Möglichkeiten eines Einflusses des mildernden Strafgesetzes auf den Strafausspruch außerhalb der eigentlichen Strafzumessung durch seine sog. Sperrwirkung und Ergänzungswirkung vgl. MAURACH AT S. 651; SCHÖNKE-SCHRÖDER § 73 Rdn. 27 f.

481) Siehe oben Fußn. 186.

482) Vgl. etwa die ablehnende Haltung von MAURACH AT S. 642.

483) RGSt 26, 312 (314); 59, 148; 63, 423 (424); BGHSt 1, 152 (155 f); 6, 25 (27).

484) BGHSt 1, 152 (155 f) und 10, 312 (315).

485) BGHSt 8, 46 (52).

486) WARDA S. 5.

gesetz als ganzes wirkungslos wird. Ein Beispiel für diese Erscheinung ist die Nichtigerklärung der §§ 71 StVZO und 49 StVO.

In allen der vorgestellten Situationen ist - wie schon erörtert <sup>487)</sup> - im Hinblick auf die Doppelfunktion des § 79 I BVerfGG dann, wenn die für nichtig erklärte Norm nach Tenor oder Gründen die Entscheidung mitträgt, nicht nachzuprüfen, ob diese "im Ergebnis" von der Anwendung der verfassungswidrigen Norm möglicherweise doch nicht betroffen wird. Eine etwaige Substituierbarkeit des verfassungswidrigen Gesetzes gewinnt hier erst im Erneuerungsverfahren Bedeutung, und zwar dergestalt, daß nur ein Norm austausch vorgenommen zu werden braucht <sup>488)</sup>, was nach h. M. <sup>489)</sup> durch Beschluß in einem abgekürzten Verfahren analog § 371 II StPO geschehen kann und muß.

## 2. Die Möglichkeit des Beruhens bei Nichtigerklärung formellrechtlicher Normen

Auch wenn eine dem formellen Recht angehörende Bestimmung für nichtig erklärt wird, kommt nach dem für § 79 I BVerfGG geltenden Beruhensbegriff, der sich hier mit dem revisionsrechtlichen deckt <sup>490)</sup>, ein "Beruhen" von Entscheidungen auf dieser Norm in Betracht, und zwar sowohl bei verfahrensrechtlichen Vorschriften im engeren Sinn als auch bei solchen des Gerichtsverfassungsrechts. Die einzelnen Möglichkeiten aufzuzählen, läßt deren Vielzahl nicht zu. Man denke aber beispielsweise einerseits an die Verfassungswidrigkeit einer prozessualen Norm wegen Unvereinbarkeit mit dem Verfahrensgrundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) und an die aus der Anwendung der so verfassungswidrigen Norm resultierenden Möglichkeit einer Fehlsteuerung oder Verkürzung der Beweisaufnahme. Andererseits ist etwa die Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung gerichtsverfassungsrechtlichen Charakters im Hinblick darauf denkbar, daß sie nicht der von Art. 101 I 2 GG aufgestellten Forderung nach einer Aburteilung nur durch den gesetzlichen Richter genügt, und ein hierdurch bedingtes Abirren der Entscheidung. Ebenso ist es in anderen Fällen der Verfassungswid-

---

487) Siehe oben S. 122 f.

488) BGHSt 18, 339 (342); OLG Bamberg NJW 1962, 2168; OLG Bremen NJW 1962, 2169; OLG Nürnberg NJW 1962, 2264; OLG Hamm NJW 1962, 2265 (2266); CREIFELDS JR 1962, 362; MAURER JZ 1963, 669.

489) BGH a. a. O.; OLG Bremen a. a. O.; OLG Nürnberg a. a. O.; OLG Hamm a. a. O.; CREIFELDS JR 1962, 363; MAURER a. a. O.; a. A. nur von STACKELBERG NJW 1963, 701.

490) Siehe oben S. 122. Insoweit ist KNESER AÖR 89, 149 ff zuzustimmen.

rigkeit von Normen des formellen Rechts ganz allgemein üblich, daß ihre Anwendung mittelbar zu einer sachlichen Entscheidung führte, die von derjenigen abweicht, die der Richter ohne den in der Anwendung jener Norm liegenden Verfahrensverstoß erlassen hätte. Entgegen der Auffassung von KNOLL <sup>491)</sup> gilt dies auch, wenn - wie im Fall des baden-württembergischen Gesetzes über die Friedensgerichte - Vorschriften für nichtig erklärt werden, die verfassungswidrig gerichtliche Aufgaben einer Institution übertragen hatten, denen die erforderlichen Eigenschaften eines Gerichts fehlten. In solchen Fällen "wendet" die entscheidende, unter einem Verfassungsverstoß berufene Stelle zwar weder in Begründung noch in Verfahren die betreffende Vorschrift im strengen Wortsinn "an". Sie wird aber nur infolge der stillschweigenden Annahme ihrer Rechtswirksamkeit überhaupt erst tätig und da wiederum ein Abweichen ihrer Entscheidung von derjenigen, die von dem nach der Verfassung zuständigen Gericht erlassen worden wäre, nicht ohne weiteres auszuschließen ist, kommt ein "Beruhen" von Entscheidungen auf diesen Normen ebenfalls in Betracht.

Ergibt sodann die auf den Wiederaufnahmeantrag hin vorgenommene Prüfung von Ersturteil und sonstigen Unterlagen des Prozesses, daß auch im konkreten Fall ein Einfluß auf das Verfahrensergebnis nicht ausgeschlossen werden kann, so "beruht" dieses in der für § 79 I BVerfGG notwendigen Weise auf der für nichtig erklärten (formellrechtlichen) Norm und der Wiederaufnahmeantrag ist für zulässig und zugleich <sup>492)</sup> für begründet zu erklären. Ob die Anwendung der verfassungswidrigen Vorschrift tatsächlich ein sachlich unzutreffendes Ergebnis nach sich gezogen hatte, ist nicht Gegenstand der Prüfung der Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags, sondern erst im Erneuerungsverfahren zu klären <sup>493)</sup>.

Besonders deutlich wird die Möglichkeit des Beruhens von Entscheidungen auf dem formellen Recht angehörigen Normen bei Erkenntnissen der Rechtsmittelinstanzen: Wie KNOLL <sup>494)</sup> zutreffend hervorhebt, kann hier eine Verfahrensnorm sogar tragender Teil der Entscheidungsgründe sein, nämlich unter der Voraussetzung, daß sich das Rechtsmittelgericht mit einem im unteren Rechtszug nach Auffassung des Beschwerdeführers unterlaufenen Verfahrensfehler zu befassen hat, der gerade in der Anwendung einer in Wahrheit verfassungswidrigen Norm des formellen Rechts besteht, und das Rechtsmittelgericht hier einen Verfahrensfehler verneint. In einem solchen Fall hat die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm des

491) JZ 1956, 360.

492) Siehe oben S. 48 f.

493) Im Ergebnis ebenso REIFF NJW 1960, 1559; vgl. auch KNESER AÖR 89, 168 f.

494) JZ 1956, 360.

formellen Rechts nicht nur mittelbar, sondern sogar unmittelbar Einfluß auf den Inhalt von Entscheidungen.

Damit läßt sich die in ihrer - auf einen engen Normbegriff abstellenden - Begründung bereits oben S. 113 ff abgelehnte Auffassung des BVerfG <sup>495)</sup> und seiner Anhänger <sup>496)</sup>, § 79 I BVerfGG gestatte eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur nach Nichtigerklärung von Vorschriften des materiellen Rechts, auch nicht im Ergebnis unter dem Gesichtspunkt halten, eine Entscheidung könne nicht im Sinne dieser Vorschrift auf Normen des formellen Rechts "beruhen".

### 3. Keine Fälle unwiderlegbarer Vermutung des Beruhens

Bei der Erörterung der dem Wiederaufnahmegrund des § 79 I BVerfGG gegenüber den Wiederaufnahmegründen der StPO eignenden Besonderheiten wurde festgestellt, daß er keinen absoluten Wiederaufnahmegrund in der herkömmlichen Bedeutung dieses Begriffs verkörpert, weil die Anwendung der verfassungswidrigen Norm und der Inhalt der angegriffenen Entscheidung in bestimmter Beziehung zueinander stehen müssen <sup>497)</sup>. Im Rahmen der Untersuchung der Fälle des Beruhens von Entscheidungen auf nichtigerklärten Normen des formellen Rechts bleibt zu prüfen, ob dieses Ergebnis eine praktische Einschränkung dadurch erfährt, daß in bestimmten Fällen der Anwendung verfassungswidriger Normen der Nachweis möglicher Beeinflussung des Entscheidungsinhalts entbehrlich ist.

So faßt KNESER <sup>498)</sup> den Begriff des Beruhens in § 79 I BVerfGG in Anlehnung an § 338 StPO dahin, daß dann, wenn infolge der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm einer der in § 338 StPO aufgezählten Verfahrensfehler gemacht worden sei, wie im Revisionsrecht auch bei einem Wiederaufnahmebegehren gemäß § 79 I BVerfGG unwiderlegbar zu vermuten sei, die für nichtig erklärte Norm habe auf den Entscheidungsinhalt Einfluß gehabt. Die im BVerfGG fehlende gesetzliche Regelung will er im Wege einer Rechtsanalogie zu den §§ 551 ZPO, 338 StPO, 138 VwGO und 72 II ArbGG ersetzen, die eine derartige Vermutung kausaler Verknüpfung von Rechtsfehler und Entscheidungsinhalt festlegen.

Der von KNESER vertretenen Meinung steht jedoch entgegen, daß die allgemeine Prozeßrechtslehre keinen Grundsatz des Inhalts kennt, bei gewissen Verfahrensverstößen werde das Beruhen von Entscheidungen auf ihnen vermutet <sup>499)</sup>. Es zeigt

---

495) BVerfGE 11, 263 (265).

496) Siehe oben S. 111 f.

497) Siehe oben S. 38.

498) AöR 89, 150 und 167.

499) SCHUMANN S. 243.

sich dies am deutlichsten darin, daß manchen Verfahrensordnungen absolute Rechtsmittelgründe überhaupt fremd sind <sup>500)</sup>. Ebenso wenig, wie deshalb z.B. für das Verfassungsbeschwerdeverfahren per analogiam absolute Beschwerdegründe anerkannt werden können <sup>501)</sup>, ist ihre Anerkennung in den § 338 StPO entsprechenden Fällen von Wiederaufnahmeanträgen gemäß § 79 I BVerfGG möglich. Der Wiederaufnahmewerber hat hier vielmehr immer darzutun, daß ein Einfluß der Anwendung der für nichtig erklärten Norm auf das Wiederaufnahmeobjekt nicht auszuschließen ist. Gewinnt das Wiederaufnahmegericht diese Überzeugung von der Möglichkeit einer kausalen Verknüpfung nicht, so muß der Wiederaufnahmeantrag als unzulässig verworfen werden.

### Zusammenfassung

Die Untersuchung der Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 I BVerfGG im einzelnen läßt folgende Feststellungen zu:

1. § 79 I BVerfGG ermöglicht über seinen Wortlaut hinaus eine Durchbrechung der Rechtskraft nicht nur bei Strafurteilen. Im Wege analoger Anwendung der Vorschrift können auch mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Strafbefehle, Strafverfügungen, im Verwaltungssteuerstraßverfahren ausgesprochene und von Disziplinargerichten erkannte Verurteilungen sowie Entscheidungen in Rechtshilfesachen angegriffen werden. Ausgeschlossen von der Möglichkeit einer Wiederaufnahme gemäß § 79 I BVerfGG sind jedoch Bußgeldverfahren.

Der Kreis der nach § 79 I BVerfGG anfechtbaren Entscheidungen wird eingeschränkt durch das Erfordernis ihrer Nachkonstitutionalität, nicht hingegen durch die weitere Voraussetzung, daß sie im Zeitpunkt der Wiederaufnahmeanlaß bildenden Nichtigerklärung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr anfechtbar waren.

2. Adressat eines auf § 79 I BVerfGG gestützten Wiederaufnahmeantrags ist immer das Gericht, dessen Entscheidung angegriffen wird, unter Umständen also auch das Revisionsgericht.
3. Der Begriff "Norm" schließt im Rahmen von § 79 I BVerfGG alle allgemeinverbindlichen, abstrakten Rechtssätze ein, gleichgültig, ob es sich

---

500) So dem SGG und der AO für das sozial- und finanzgerichtliche Verfahren.

501) SCHUMANN S. 243.

um vor- oder nachkonstitutionelle Vorschriften, um Gesetze im formellen oder materiellen Sinn oder um Bestimmungen des materiellen oder formellen Rechts handelt.

4. Der Begriff des "Beruhens" in § 79 I BVerfGG ist weder mit dem des Revisionsrechts noch mit dem im Verfassungsbeschwerdeverfahren gültigen inhaltsgleich; durch die Doppelfunktion der Vorschrift ist ihm vielmehr eine Mittelstellung zugewiesen.

Eine Entscheidung kann sowohl auf Normen materiellrechtlichen, als auch auf solchen formellrechtlichen Charakters "beruhen". Unwiderlegbare Vermutungen des Beruhens sind § 79 I BVerfGG fremd.

## L E B E N S L A U F

Am 27. August 1940 wurde ich, Manfred Asam, als einziger Sohn des Zimmermeisters Josef Asam und dessen Ehefrau Wanda, geb. Kaminski, in München geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule von 1946 bis 1950 wurde ich im gleichen Jahr Schüler der Klenze-Oberrealschule in München. Im Juni 1959 legte ich dort die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1959/60 nahm ich an der Ludwig-Maximilians-Universität das Studium der Rechtswissenschaften auf. Nach sieben Semestern bestand ich am 15. Juli 1963 die Erste Juristische Staatsprüfung.

Seit dem 2. September 1963 stehe ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst für den Höheren Justiz- und Verwaltungsdienst des Freistaates Bayern.







